

المكتبة الأزهرية

مخطوطة

درر الحكام شرح غرر الأحكام

المؤلف

محمد بن فرامرز بن علي (ملاخسرو)

ملاحظات

لا توجد مقدمة للكتاب

(٨) خصوصية ١

٦٢١

وقف لله تعالى

فان الزنا في دار الحرب لا يوجب الحد ومتى زنا فان الزنا

المتقادم لا يوجب الحد وبمن زنا فانها قد يكون في وطيها شبهة

فان يعنوه وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة

بضمين وعا الكحل وعدلوا سرا وعلنا ولم يكتف بظاهر

عدالتهم احتيالا للدرء حكم اي الامام به اي بثبوت الزنا ويا قرار البالغ العاقل

عطف على قوله بشهادة اشترط العقل والبلوغ اذ لا اعتبار لقول

المجنون والصبي خصوصا في وجوب الحد لا الاسلام لان الذمي

يحد باقراره عندنا المالك ولا الحرية لان اقرار العبد بالزنا

يوجب الحد عليه ماذونا كان المحجور اخلافا لزفر اربعا اي

اربع مرات عندنا وعند الشافعي يحد الاقرار مرة كما في ساير

الحقوق في اربعة مجالس من مجالس المقر لا الحكم لقصة ماعز

فانه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة عليه الى ان اقر اربع مرات

في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب رده

كل مرة الا مرة رابعة فانه اذا اقر رابعة قبله الامام ثم ساله

كما مر قبل الا في السوال عن متى لانه للاحتراز عن التقادم

وهو يمنع الشهادة والاقرار وقيل يسال عنه ايضا لاحتمال

كونه في زمان الصبي فان بين ندب تلقينه رجوعه بلعلك

لمست او قبلت او وطيت بشبهة فان رجع قبل حده او في

وسطه خلي والا حد وهو اي حد الزنا نوعان احدهما

للمحصن وثانيهما للغير المحصن والاحصان ايضا نوعان

احدهما احصان الزنا وثانيهما احصان القذف وسياتي

خلافا

[illegible marginal notes]

في حد القذف وقوله وهو محصن مبتدا خبره قوله الاتي رجمه
وبين المحصن على وجه يعلم منه احصان الزنا و ثانيهما بقوله اي
الحر فان الاحصان يطلق عليهما قال تعالى ومن لم يستطع منكم
طولا ان ينكح المحصنات اي الحراير باجماع الامة المكلف اي العاقل
البالغ فان غير المكلف ليس باهل للعقوبات المسلم لقوله
صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن الواطي بنكاح صحيح
هذا متضمن للشرطين النكاح والوطي بها اشتراط الاول لان
الاحصان يطلق عليه لقوله تعالى والمحصنات من النسا اي
المنكوحات من النسا وقال تعالى فاذا احصن اي تزوجن واشتراط
الثاني لقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب والشابة لا تكون
بلا دخول وذا لا يكون على ما عليه اصل حال الادمي من الحرية الا بالنكاح
ويجب ان يعلم ان حصول الوطي بنكاح صحيح شرط لحصول صفة
الاحصان فلا يجب بقاه لبقا الاحصان حتى لو تزوج في عمره
مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقي مجردا وزنى
يجب عليه الرجم وهما اي والحال ان الزوجين بصفة الاحصان قوله م
فالجملة حال عما فهم مما قبلها من الواطي والموطوة وتظهره لقيد
ريدار الكبير وحاصله اشتراط صفة الاحصان فيهما عند
الدخول حتى ان المملوكين اذا كان بينهما وطي بنكاح صحيح
حال الرق ثم عتقا لم يكونا محصنين وكذا الكافرين وكذا
الحر اذا تزوج امة او صغيرة او مجنونه ووطيها وكذا المسلم
اذا تزوج كتابيه ووطيها وكذا لو كان الزوج موصوفا باحدى

هذه الصفات وهي حره عاقله بالغه مسلمه فان اسلم قبل
ان يطاها التزوج ثم وطيها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما فانها
لا تكون محصنه بهذا الدخول لان الدخول انما شرط لكونه
مشبعا عن الحرام وانما يكون مشبعا اذا خلا عما يخل بالرغبه
كالصبا والجنون والرق والكفر رجمه في فضا حتي يموت
يبدا به شهوده فان ابوا او غابوا او ماتوا سقط الحد ثم الامام
ثم يرمي الناس وفي المقر يبدا الامام ثم يرمي الناس وغسل
وكفن وصلي عليه وذكر النوع الثاني من حد الزنا بقوله ولغير
المحصن حال كونه حرا جلده مايه لقوله تعالي الزانيه والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما مايه جلده لكنه نسخ في حق المحصن
فبقي في حق غيره معمولا به وسطا اي متوسطا بين المبرح المولم
وغير المولم لافضا الاول الي الهلاك وخلو الثاني عن المقصود
وهو الانزجار بسوط لا عقد له لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم
الحد كسر عقدته وينزع ثيابه لانه ابلغ في ايصال الالم اليه
ومبني هذا الحد على الشده في الضرب الا الازار لان فيه
كشف العوره ويفرق الضرب على بدنه لان الجمع في
عضو واحد قد يفضي الي التلف وهذا الحد زاجر لا متلف الا
راسه وفرجه ووجهه لقوله عليه الصلاه والسلام للذي امره
ان يضرب الحد اتق الوجه والمذاكير قايما في كل حد لان مبني
الحد اقامته علي التشهير والقيام ابلغ فيه بلا مد قيل هو ان يلقي على الارض
ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط ويرفعه الضارب

فوق راسه وقيل ان يمده بعد ضربه وكل ذلك زيادة علي المستحق
فلا يفعل وعبدا عطف علي قوله حرا نصفها وهو خمسون
سوطا لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب نزلت في حق الاما ولا يحده سيده اي العبد
بلا اذن الامام لان الحد حق الله تعالي لان المقصود
منه اخلا العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط
العبد فيستوفيه النايب عن الشرع وهو الامام او نايبه
بخلاف التعذير لانه حق العبد ولهذا يعذر الصبي وحق الشرع
ساقط عنه ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها
كشف العوره والفرو والحشو يمنعان وصول الاثر الي المضروب
وتحد جالسة لانه استر لها وجاز الحفر لها للرجم لانه صلى
الله عليه وسلم حفر للغامديه وعليا رضي الله عنه لشراحة وان ترك
لا باس لانه صلى الله عليه وسلم لم يامر به وهي مستورة بثيابها
لا له لانه صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولا يجمع في المحصن
بين رجم وجلد لانه صلى الله عليه وسلم لم يجمع ولا في بكر بين
جلد و[redacted] نفي والشافعي يجمع بينهما فيجلد مائة وتغريب
عام ولنا قوله تعالى فاجلدوهم حيث لم يذكر التغريب والسكوت
في موضع الحاجة الى البيان تمام البيان كما تقرر في الاصول
وما رواه منسوخ الا سياسة فان الامام اذا راى فيه مصلحة
غرب بقدر ما يرى لانه يفيد في بعض الاحوال ويرجم
مريض زنا محصن زني لانه شرع للاتلاف فلا يمنع بسبب

المرض ولا يجلد مريض حده الجلد حتى يبرا لانه شرع
زاجرا لا متلفا والجلد في المرض ربما يكون متلفا وحامل زنت
لم تحد حتى تضع لانه فيه اضرار بالولد الذي لم يجن
والمخلوق من ماء الزنا محترم كغيره فان كان حدها الرجم
ترجم حين وضعت لان التاخير لاجل الولد وقد خرج
والمرض لا ينافي اقامة الرجم وان كان حدها الجلد تجلد بعد النفاس
لانه نوع مرض فينتظر البرو منه **باب وطي يوجب الحد** اولا

باب ما يوجب الحد وما لا يوجبه

الشبهة دارية للحد لقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود
بالشبهات ما استطعتم هذا حديث تلقته الامة بالقبول
وانما اختلفوا في ثبوت الشبهة وحدها فيحتاج الى تحديدها
وتنويعها فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت
وهي ثلاثة انواع احدها شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه
وهي شبهة تثبت في الفعل بظن غير الدليل اي غير دليل الحل
دليلا وهي تحقق في حق من اشتبه عليه لا من لم يشتبه عليه
فلابد من الظن لا من لم يعلم فلم يحد من ظن الحل في ثمانية
مواضع ذكرها بقوله وهي وطي امة ابويه فان اتصال الاملاك
بين الاصول والفروع يفيد الظن ان للابن ولاية وطي جارية
الاب كما في العكس وامة امراته فان غنى الزوج بمال زوجته
المستفاد من قوله تعالى ووجدك عايلا فاغنى اي بمال خديجة
رضي الله عنها قد يورث شبهة ان مال الزوجة ملك للزوج وامة
سيده فان احتياج العبيد الى اموال الموالي اذ ليس لهم

٢

٣ ليتحقق الاشتباه كقوم سقوا خمرا لحد من علم منهم انه خمر صح

مال فينتقصون به مع كمال الانبساط بين مماليك مولى واحد ومع
انهم معذورون بالجهل مظنة لاعتقاد حل وطي اماء المولى ووطء
المرتهن الامة المرهونة فان مالكية المرتهن المرهونة ملك يد
يفيد حل وطي المرهونة وبقاء اثر النكاح وهو العدة ان يصير
سببا لان يشتبه عليه حل وطي المعتدة اي معتدته بثلاث
والمعتدة بطلاق على مال والمعتدة باعتاق وهي ام ولده
اي والحال ان المعتقة ام ولده ولاحد في هذه المواضع الثمانية
اذا قال الجاني ظننت انها تحل لي وان قال علمت انها حرام
علي وجب الحد وثاني انواع الشبهة شبهة في المحل وتسمى
شبهة حكمية وهي تثبت في المحل بقيام دليل مناف ذاتا اي
اذا نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة
ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فلا يحد الجاني بهذه الشبهة
مطلقا اي ولو قال علمت انها حرام علي في ستة مواضع ذكرها ه
بقوله بوطي امة ابنه فان الدليل النافي للحرمة ثابت قوله صلى الله عليه وسلم
انت ومالك لابيك ووطي معتدة الكنايات فان الدليل فيه قول بعض
الصحابة ان الكنايات رواجع ووطي البايع الامة المبيعة ووطي الزوج
الامة الممهورة اي التي جعلها صداقا لمراة تزوجها قبل تسليمها
اي تسليم الاولى الى المشتري والثانية الى الزوجة فان كون المبيعة
في يد البايع بحيث لو هلكت انتقض البيع دليل الملك في الاولى
وكون المهر صلة اي غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك في الثانية
ووطي الشريك اي احد الشريكين الجارية المشتركة فان الملك في الجارية

لا يبعد ان ٢

الحرمة

المشتركة

المشترك دليل جواز الوطي واذا ادعي النسب ثبت اي النسب ههنا
اي في شبهة المحل لا الاولي اي شبهة الفعل لان الفعل في الاولي
تمحض زنا وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه بخلاف
الثانيه وثالث انواع الشبهة شبهة العقد وهي تثبت بالعقد
اي عقد النكاح اي عند ابي حنيفة في وطي محرم نكحها وان كان حرمته
متفقا عليها وهو عالم به حيث لا حد عليه عنده ولكن يوجع عقوبة
ان علم بذلك وعند غيره ان علم يحد والا فلا وسياتي بيانه وحد بوطي
امة اخيه او اخته وعمه او عمته وان قال ظننت انها تحل لي وكذا في
سائر المحارم سوي الولاد لان لا انبساط له في مال هولاء فلم يستند ظنه
الي دليل فلم يعتبر وحد بوطي اجنبيه وجدها علي فراشه وقال حسبتها
امراتي اذ بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امراته ولو هو اعمي لانه يقدر علي
التمييز بالحركات والهيات الا اذا دعاها فاجابته اجنبيه وقالت انا زوجتك
فوطيها لان الاخبار دليل كذا في الكافي حتي اذا اجابت بالفعل ولم تقل ذلك
فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح وذمية عطف علي ضمير حد وجاز
للفصل زنا حربي وذمي زني بحربيه لان اهل الذمه مخاطبون بالعقوبات
لا الحربي والحربيه لانهم ليسوا مخاطبين بها ولا من وطي اجنبيه زفت اليه
وقلن هي عرسك وعليه مهرها قضي به عمر رضي الله عنه وبالعدة ولا من وطي
محرما نكحها عند ابي حنيفة فانه جعل العقد شبهة في درء الحد كما سبق
ولا من وطي بهيمة لانه ليس في معني الزنا في كونه جنايه ثم ان كانت مما لا يوكل
تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابه ان كانت
لغيره لانها قتلت لاجله والاحراق بالنار ليس بواجب وكذا الذبح وانما

ق لا الاولي اي شبهة الفعل فانها تستثني منه المطلقة ثلاثا لما تقدم انها يثبت نسب ولدها اذا ادعاه وان كان دون سنتين بلا دعوة ولاكثر بدعوة فكان مخصصا لهذا او يثبت ايضا نسب من زفت اليه وقيل هي زوجتك بدعوة كما في البحر عن التبيين انتهى ح ش

يفعل لئلا يعير الرجل بها ان كانت باقية فينقطع التحديث به وان كانت مما تؤكل
تذبح فتؤكل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف تحرق او اتى في دبر عطف على وطي فانه
لا يحد عند ابي حنيفة وعندهما والشافعي يحد لانه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة
في محل مشتهى على سبيل الكمال تمحض حراما ولابي حنيفة انه ليس بزنا فان الصحابة اختلفوا
في موجبه من الاحراق وهدم الجدار عليهما والتنكيس من محل مرتفع باتباع الاحجار
فعند ابي حنيفة يعزر بامثال هذه الامور او زنى في دار الحرب او دار البغي
ثم خرج الينا لانعدام الامام هناك بالحديث ولا يحد بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة
فلا تنقلب موجبة ولا بزنى غير مكلف بمكلفة مطلقا اي لا على الفاعل
ولا المفعول به وفي عكسه بان زنى مكلف بغير مكلفة حد هو فقط ولا
بالزنا بمستاجرة له اي للزنا بان استاجر امراة ليزني بها فزنى بها لم يحد
عند ابي حنيفة وقالا يحد وهو قول الشافعي لانه ليس بينهما ملك ولا شبهة
ملك فكان زنا محضا وله ما روي ان امراة سالت رجلا مالا فابى ان يعطيها
حتى تمكنه من نفسها فدرا عمر رضي الله عنهما الحد وقال هذا مهرها ولا حد
بالزنا باكراه سواء كان المكره زانيا او مزنية ولا باقرار بالزنا اربع مرات ان انكره
الاخر هذه المسئلة على وجهين احدهما ان يقر اربعا بالزنا بفلانة وقالت انه
تزوجني او اقرت اربعا بالزنا مع فلان وقال فلان تزوجتها لم يحد اتفاقا
وثانيهما ان يقر اربعا انه زنى بفلانة فقالت ما زنى بي ولا اعرفه او اقرت اربعا
بالزنا مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر عند ابي حنيفة
وفي قتل امة بزنا يجب الحد والقيمة لانه جنى جنايتين فيترتب على كل منهما
موجبها الحد بالزنا والقيمة بالقتل والخليفة اي الامام الذي ليس فوقه امام
لا يحد لان الحد حق الله تعالى واقامته اليه دون غيره ولا يمكنه ان يقيمه على

بلغ مقابلة

نفسه

النفس ويقتص ويؤخذ بالمال لانهما من حقوق العباد ويستوفي فيه ولي الحق
اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين باب شهادة الزنى والرجوع عنها
شهد بحد متقادم بلا عذر بان يكون قريبا من امامه بحيث يقدر على اقامة
الشهادة بلا تاخير لم تقبل لان الشاهد في الحدود مخير بين الحسبتين اداء
الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعده
لسوء في باطنه من حقد او ضغن عداوة حركته فيتهم فيها والا صار فاسقا اثما
بخلاف الاقرار كما سياتي الا في حد قذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم
على العدم ام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ويضمن السرقة اي اذا شهد شهود
السرقة بعد التقادم لا يحد السارق ويضمن ما سرق لان التقادم
لا يضر لانه حق العبد ولو اقر به اي بالحد بعد التقادم يحد لانتفاء
تهمة الحقد العداوة الا في الشرب كما سياتي وتقادمه اي الشرب بزوال
الريح والتقادم لغيره بمضي شهر هو الاصح وقيل ستة اشهر شهدوا بزنا
وهي غائبة حد وبسرقة من غائب لا لان الدعوى تنعدم بالغيبة
وهي شرط في السرقة لا الزنا كما سياتي ولو اختلف اربعة في زاويتي البيت
او اقر بزنا وجهلها اما الاول فمعناه ان يشهد كل من اثنين على الزنا
في زاوية حد والقياس ان لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاويته والانتهاء في الاخرى
بالاضطراب وفي الكافي هذا اذا كان البيت صغيرا بحيث يحتمل ذلك
واما اذا كان كبيرا فلا واما الثاني فلان جهل المقر لا يدفع الحد اذ لو كانت
امراته او امته لم تخف عليه وان شهدوا كذلك اي شهدوا انه زنى بامراة
لا يعرفونها او اختلفوا في طوعها اي شهد واثنان انه زنى بفلانة

فاكرههما ولحوان انها طاوعة او اختلفوا في بلد زناه اي شهد واثنان انه
زنى بالكوفة واخران انه زنى بها بالبصرة او اتفق جماد في وقته واختلفا في بلد
او شهد واربعة وهي بكر او هم فسقة او شهود على شهود لم يحد احد اي لا
المشهود عليها ولا الشهود بسبب القذف وان شهد الاصول بعدهم
اي بعد الفروع اما عدم الحد في الاول على المشهود عليه فلان الظاهر انها
زوجته او امته واما عدمه على الشهود فلان اتفاقهم على النسبة الى
الزنا بلفظ الشهادة اخرج كلامهم من ان يكون قذفا واما عدمه في الثاني
فلان الفعل المشهود به ان كان واحدا فبعضهم كاذب لان الواحد لا يكون
طوعها وكرهها والا فلا نصاب للشهادة على كل منهما واما عدمه
على الشهود فلاتيانهم بلفظ الشهادة واما في الثالث فلان الفعل الواحد
لا يكون في موضعين ولا يحد الشهود لما ذكر واما في الرابع فكما في الثالث
واما في الخامس فلان الزنى لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب
الحد عليهم لان قولهم حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه ولا على الشهود
لتكامل عددهم ولفظ الشهادة وكذا اذا شهدوا على رجل بالزنى وهو
مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا الشهود لتكامل عددهم ولفظ
الشهادة كما اذا شهدوا على امراة بالزنى فوجدت رتقا حيث
لا حد عليها ولا عليهم واما السادس فلان الفاسق من اهل التحمل
والادا وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته
ينفذ عند نا فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية دون وجه
باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليها باعتبار عدم الثبوت
ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت واما السابع فلان في الشهادة على

الشهادة

على الشهادة زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين في
شهادة الاصول وشهادة الفروع ولا يحد الفروع لانهم ما نسبوا المشهود
عليه بالزنى بل حكوا شهادة الاصول وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة
وهي كافية لادراء الحد لا لاثباته وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك
الزنى بعينه لم تقبل ولم يحدوا ايضا لان شهادتهم قد ردت في تلك
الحادثة من جهة رد شهادة الفروع لانهم قايمون مقامهم وشهادتهم
كشهادتهم والشهادة في حادثة اذا ردت لم تقبل فيها ابدا وان شهدوا بالزنا
حال كونهم عميا او محدودين في قذف او ثلاثة وقد وجبت الاربعة او اربعة احدهم
محدود في قذف او عبد او وجد كذا اي محدودا في قذف او عبدا عند الحد يحدوا
اي الشهود لا المشهود عليه وهو جواب لقوله فان شهدوا وانما خص الحد بهم
لعدم اهلية الشهادة فيهم او عدم النصاب فلا يثبت الزنا ويجب الحد لكونهم
قذفة وارش جرح جلده هدر اي شهد الشهود بزنا والزاني غير محصن
فجلد فجرحه الجلد ثم ظهر احدهم عبدا او محدودا في قذف فارش الجلد هدر
عنده خلافا لهما ودية رجمه في بيت المال اي شهدوا والزاني محصن فرجم
ثم ظهر احدهم عبدا او نحوه فدية الرجم في بيت المال وان رجع من الاربعة بعد رجم حد
اي حد الراجع فقط حد القذف خلافا لزفر وغرم ربع الدية خلافا للشافعي
وقبله اي وان رجع منهم قبل الرجم حدوا اي حد جميع الشهود حد القذف
لان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاية فان لم
يتصل بقي قذفا فيحدون ولا شيء على خامس رجع اذ بقي من يبقى بشهادتهم
كل الحق وهو الاربعة فان رجع اخر حدا وغرما الربع اي ربع الدية اذ يبقى
ثلاثة ارباع الحق ببقاء الثلاثة على الشهادة لان الكمال العدد ليس بشرط
للبقاء بل يبقى بكل رجل قسطه فصار عليهما الربع وعلى كل واحد من الراجعين

١٢

حد كامل لان الحد لا يتجزء ضمن المزكي دية المرجوم ان ظهروا عبيدا او كفارا
يعني شهد اربعة علي رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود كفار او عبيد فالدية
علي المزكين عنده وعندهما علي بيت المال قالوا معناه اذا رجعوا عن التزكية
وقالوا هم عبيد او كفار وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم كالو
قتل من امر برجمه فظهروا كذلك يعني شهد اربعة علي رجل بالزنا فامر القاضي
برجمه فضرب رجل عنقه ولم يرجمه ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا فعلي
القاتل الدية والقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير
حق وجه الاستحسان ان القضا صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث
شبهة بخلاف ما اذا قتل قبل القضا لان الشهادة لم تصر حجة بعد
وتجب الدية في ماله لانه عمد وسياتي ان العواقل لا تعقل دم العمد
وضمن بيت المال ان لم تزك فرجم لانه امتثل امر الامام فنقل فعله
اليه ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال كذا هنا اقر شهود
الزنا بنظرهم عمدا قبلت لاباحة النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة
وان انكر الاحصان بعد وجود ساير الشروط فشهد عليه رجل
وامراتان او ولدت زوجته منه رجم اما الاول فقيد خلاف زفر والشافعي
فان زفر يقول انه شرط في معني العلة فلا تقبل فيه شهادة النسا
احتيالا للدرء والشافعي يجري علي اصله ان شهادتهن غير مقبولة
في غير الاموال ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة
من الزنا فلا تكون في معني العلة لان ادني درجات العلة ان تكون
مفضية الي المعلول وهو في المانع غير معقول باب حد الشرب
اذا شرب خمرا جواب اذا قوله الاتي حد يعني ان مجرد شرب الخمر
ولو كانت قطرة واحدة واخذ بريحها وان زالت اي ريحها البعد

الطريق

الطريق او سكر عطف على شرب وزال عقله بحيث لا يميز بين الرجل والمراة
وهو عطف تفسيري لقوله سكر فان المراد بالسكر عند ابي حنيفة في
حق وجوب الحد هذا المعنى وفي حق حرمة الاشربة ان يهذي
وعندهما ان يهذي مطلقا بالنبيذ ونحوه من المسكرات غير الخمر
واقر به اي بشرب الخمر او السكر بغيرها مرة او شهد به رجلان
لا رجل وامراتان فانها لا تقبل في حدود وعلم شربه طوعا فان
الشرب بالاكراه لا يوجب الحد حد صاحيا ليتادب به وينزجر
لان الظاهر انه لا يتالم حالة السكر ثمانين سوطا للحر ونصفها للعبد
لاجماع الصحابة عليه رضي الله عنهم ينزع ثوبه عنه الا الازار ويفرق
على بدنه كما في الزنا كما مر ثمة وان اقر به اي بشرب الخمر او شهد عليه
بعد زوال الريح قيد للجموع الاقرار والشهادة او تقياها اي علم
شربها بان تقياها او وجد ريحها منه بلا اقرار او شهادة او رجع
عن اقرار شرب الخمر وشرب السكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد
وقيل هو كل شراب مسكر او اقر سكران لا اي لا يحد اما عدم الحد بعد
زوال الريح فلان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولا اجماع الا براي ابن مسعود وهو شرط قيام الرائحة واما عدمه
بتقييها ووجدان ريحها فلان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع
عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ
وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن
الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد واما عدمه بالرجوع عن
اقراره فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع واما عدمه

في اقرار السكران فلزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه
لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد
والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في ساير تصرفاته
ولو ارتد السكران زايل العقل لا تحرم عرسه لان الكفر من
باب الاعتقاد ولا يتحقق مع زوال العقل اقيم عليه بعض الحد
فهرب فشرب ثانيا يستانف الحد كذا في الزنا لما سياتي ان
الحدود اذا كانت من جنس واحد تتداخل باب حد القذف
هو كحد الشرب كمية اي عددا وهو ثمانون جلدة للحر ونصفها
لغيره وثبوتا حيث يثبت كل منهما بشهادة رجلين ولا
تقبل فيه شهادة النسا كما في ساير الحدود واذا قذف محصنا
او محصنة ولما كان معنى الاحصان هاهنا مغاير المعنى الاحصان
في الزنا فسره بقوله اي مكلفا يعني عاقلا بالغا وانما اشترط
ذلك لانه العار لا يلحق الصبي والمجنون لانتفا الزنا منهما
مسلما لقوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن
عفيفا عن الزنا فان غير العفيف لا يلحقه العار وايضا القاذف
صادق فيه وعفته اعم من ان وطي بنكاح صحيح اولا بهذا التعميم
يمتاز عن احصان الزنا بصريح متعلق بقذف اي بصريح الزنا
بان يقول زنيت او يا زانية او انت زانية ونحوها او بزنات
في الجبل معناه زنيت فانه يجب منصورا ايضا وعند محمد
لا يحد لان المهموز هو الصعود او مشترك والشبهة دارئة
قلنا حالة الغضب ترجح ذلك او لست لابيك او لست بابن

فلان

فلان ابيه اي قال لست يابن زيد الذي هو ابو المقذوف فقوله
ابيه لفظ المصنف في غضب متعلق بزنات والمعطوفين بعده
ونفي البنوة في غير الغضب يحتمل المعاتبة حد القاذف بطلب
المقذوف المحصن واشترط طلبه لان فيه حقه من حيث دفع
العار عنه ولو كان المقذوف غايبا عن مجلس القاذف حال
القذف ذكر هذا التعميم في التاتارخانية نقلا عن المضمرات
ولابد من حفظه فانه كثير الوقوع وينزع الفرو والحشو فقط متعلق
بحد يعني لا يجرد كما يجرد في حد الزنا لان سببه غير مقطوع به لاحتمال
كون القاذف صادقا لكن وينزع عنه الفرو والحشو لانه يمنع
ايصال الالم اليه لا بلست اي لا يحد بقوله لست يابن فلان
جده بالجر صفة فلان او بدل منه وانما لم يحد لانه صادق في
نفيه ونسبته اي لا يحد ايضا بنسبته اليه اي جده او الى خاله
او عمه او رابه لان كلا منهم يسمى ابا وليس باب حقيقة فلا
حد في نفيه ولا بقوله يا نبطي لعربي فانهم جيل من الناس في
سواد العراق وقال ابن ابي ليلى هو قذف فيحد فيه لانه نسبه
الى غير ابيه والحجة عليه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه سيل
عن رجل قال لرجل يا نبطي فقال لا حد عليه وبطلب عطف على بطلب
المقذوف من يقع القدح في نسبه بقذف الميت يعني لا يطالب
بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه كالوالد
وان علا والولد وان سفل لان العار يلحقه بهم بسبب الجزئية فيثبتنا ولهم
القذف معنى وعند الشافعي حد القذف يورث فيثبت لكل وارث

م
ولا بقوله يا ابن ماء السماء
فان في ظاهره نفي كونه
ابنا لابيه وليس المراد ذلك
بل التشبيه في الجود والسماحة
والصفاء ح

حق المطالبة ولو كان الطالب محروما عن الميراث بالقتل والكفر
او الرق فان المقذوف اذا كان محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان
يطالب بالحد خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد
خلافا لزفر فيهما او ولد بنت فان له المطالبة لتحقق العار
الجزئية وعند محمد لا يطالب الا من يرث بالعصوبة قال يا ابن
الزانيين وقد مات ابواه عليه حد واحد لان المغلب في الحدود
عندنا حق الله تعالى فتداخل حتى لو قذف رجلا مرارا او جماعة كل
واحد منهم لا يجب الا حد كما سيأتي حكي عن ابن ابي ليلى انه كان قاضيا بالكوفة
فسمع يوما رجلا يقول عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين
فامر باخذه فادخل المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه
الوالدين فبلغ ذلك ابا حنيفة فقال يا للعجب من قاضي بلدنا قد اخطا
في مسئلة واحدة من خمسة اوجه حده من غير خصومة المقذوف
وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف الف والي
بين الحدين والواجب ان يفصل بينهما يوما او اكثر وحده في
المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم
وسل سيوفكم واقامة حدودكم ينبغي ان يكشف ان
المقذوفين حيان او ميتان لتكون الخصومة اليهما او الى
ولدهما وان اجتمعت على واحد اجناس مختلفة بان
قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالي بينها
خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرا من الاول فيبدا بحد القذف
اولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شا يبدا بحد الزنا وان

شا

شابا بقطع الطريق لاستوايهما فى القوة لثبوتهما بالكتاب ويوخر
حد الشرب لانه اضعف منهما ذكره الزيلعى ولا يطالب احد
من العبيد سيده ولا احد من الاولاد اباه بقذف امه الحرة
المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده ولا الاب بسبب
ابنه فلو كان لها ابن من غيره له الطلب لوجود السبب وانتفاء
المانع وليس فيه ارث اى اذا مات المقذوف بطل الحد عندنا
خلافا للشافعى لان الارث يجب لحقوق العباد وههنا حق
الشرع غالب عندنا ولا فيه رجوع يعنى من اقر بقذف ثم رجع
لا يقبل لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف حدود
هى خالص حق الله تعالى اذ لا مكذب له فيها ولا اعتياض اى اخذ
عوض عنه لانه ايضا يجرى فى حقوق العباد قال رجل لآخر
يا زانى فرد الآخر كلامه عليه بلا اى بقوله لا بل انت حدا لان
معناه لا بل انت زان ولو قال لعرسه فردت به حدت ولا لعان
لان كلا منهما قذف الآخر وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب
الحد فيبدا بالحد لان فى بدايته فايدة ابطال اللعان لان المحدود
بالقذف ليس باهل للعان ولا ابطال فى عكسه لان الملاعنة تحد
حد القذف لان احصانه لا يبطل باللعان والمحدودة فى القذف
لا تلاعن لسقوط الشهادة فيحتال فى دفع اللعان لانه فى معنى الحد
وبزنيت بك هدرا يعنى اذا قال لها يا زانية فقالت زنيت بك فلا
حد ولا لعان لوقوع الشك فى كل منهما لاحتمال انها ارادت الزنا قبل
النكاح فيجب الحد لا اللعان واحتمال انها ارادت زناى هو الذى كان

معك بعد النكاح لانى ما مكنت احدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه
الحالة وعلى هذا يجب اللعان لا الحد لوجود القذف منه لا منها
فجاء الشك اقر بولد فنفى فلاعن وان عكس حد لان النسب يثبت
باقراره ثم بالنفى صار قاذفا فوجب اللعان واذا نفاه ثم اقر
فقد اكذب نفسه فوجب الحد والولد له فى الحالين يعنى ولد اقر به
ثم نفاه وولد نفاه ثم اقر به له اى يثبت نسبهما منه لاقراره
قال لامراة يا زانى حد ولرجل يا زانية لا كذا فى تحفة الفقهاء
لا شى بليس بابنى ولا بابنك لانه نفى الولادة ولا يصير به قاذفا
ولا حد بقذف من لها ولد لا اب له لقيام امارة الزنا منها وهى
ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها او بقذف من
لاعنت بولد والولد حى او قذفها بعد موت الولد لقيام امارة
الزنا منها كما مر بخلاف الملاعنة بلا نفى الولد حيث يحد
قاذفها لانتفاء الامارة او بقذف رجل وطى فى غير ملكه بكل وجه
او بوجه كالامة المشتركة فان الوطى فى الصورتين حرام
لعينه والاصل ان من وطى وطيا حراما لعينه لا يجب الحد
بقذفه او وطى فى ملكه المحرم ابدا كامة هى اخته رضاعا او
من زنت عطف على رجل وطى اى لا يحد بقذف من زنت فى كفرها
لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك والزنا حرام فى جميع
الاديان او بقذف مكاتب مات عن وفاء لتمكن الشبهة فى حريته لاختلاف
الصحابة فيه وحد مستامن قذف مسلما هنا اى فى دار الاسلام
لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد وحد قاذف واطى
عرسه حايضا لكون الحرمة موقتة

او واطى

ووو ... لله تعالي

اوواطي جارية مملوكة حرمت موقتة كامته المجوسية او المكاتبة وقاذف
مجوسي نكح امه فاسلم فانه يحد عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهذا
مبني علي ما سبق ان تزوج بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا
لهما اذا اقر القاذف بالقذف يطالب بالبينة علي كون المقذوف زانيا
فان اقام اربعة علي زناه او علي اقراره به اي بالزنا كما مر اي اربعا
في اربعة مجالس حد المقذوف وان عجز القاذف عن اقامة البينة
للحال واستاجل لاحضار شهود في المصر يوجل الي قيام المجلس فان
عجز حد ولا يكفل ليذهب فيطلبهم بل يحبس ويقال له ابعث اليهم من يحضرهم
كذا في تحفة الفقهاء كفي حد بجناية حد جنسها بخلاف ما اذا اختلف جنسهما
وقد مر تفصيله

فصل

التعزير تاديب في الكشاف العذر المنع ومنه
التعزير لانه منع عن معاودة القبيح دون الحد اذ في قدر ادني الحد وهو قد
يكون بالحبس او الصفع او تعريك الاذن او الكلام العنيف او نظر القاضي
اليه بوجه عبوس او الضرب فحينئذ اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله
ثلاثة لان التعزير ينبغي ان لا يبلغ حد الحد واقل الحد اربعون وهو حد
العبد في القذف والشرب وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم الاصول
وهو ثمانون ونقص عنها سوطا في رواية وخمسة في اخري وانما كان اقله
ثلاثة لان ما دونها لا يقع به الزجر ولا يفرق الضرب علي الاعضا هنا
اي في التعزير كاشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية وتعزير الاشراف
كالدهاقين وكبار التجار وتعزير اوساط الناس وتعزير الخساس والاول
الاعلام لا غير وهو ان يقول القاضي بلغني انك كذا وكذا والثاني الاعلام والجر
الي باب القاضي وتعزير الاوساط وهم السوقة الاعلام والجر الي باب القاضي

المجوسي

والحبس وتعزير الخساسين الاعلام والجر الى باب القاضي والحبس والضرب وصح
حبسه مع ضربه اذا احتيج الى زيادة تاديب وضربه اشد من ضرب
الحد لان التخفيف جرى فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الو
صف كيلا يودي الى فوت المقصود وكذلك يخفف من حيث التفريق على الاعضا
ويضرب قايما في ازار واحد ثم الضرب للزنا اشد من الباقي لانه ثابت
بالكتاب وحد الشرب ثابت باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ثم للشرب
ثم للقذف لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف لا لاحتمال
كون القاذف صادقا في قذفه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على كذبه لاحتمال
غيبة شهوده او ابائهم عن ادائها ولان شراب الخمر قلما يخلوا عن القذف
فيصير كل شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن
القاذف جناية واحدة فلهذا كان ضربه اخف من ضرب الشارب وان كان
منصوصا عليه كذا في الكافي فاضمحل ما قال صدر الشريعة اقول حد القاذف
ثابت بالنص وهو قوله تعالى فاجلدوهم ثمانين جلدة ثمانين جلدة وحد الشرب
قيس على حد القذف لان حد الشرب لم يثبت بالقياس بل باجماع الصحابة
غايته ان سند الاجماع هو القياس وقد تقرر في الاصول ان الحكم يستند
الى الاجماع لا سنده وعزر بقذف مملوك عبد او امة او ام ولد او كافر بالزنا
لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير
غايته وفي الصور الاتية الراي الى الامام وصورتان اخر بان يجب فيهما البلوغ
في التعزير غايته احدهما ما اذا اصاب من الاجنبية كل حرام غير الجماع والثانيه
ما اذا اخذ السارق بعد جمع المتاع قبل الاخراج كذا في الكافي وعزر بقذف مسلم
بيا فاسق الا ان يكون معلوم الفسق فحينئذ لا يعزر ذكره قاضي خان قال

فاراد

جلد ... علي اجماع الصحابة ... واذا سكر هذى واذا هذى افترى ... ثمانون

... يبلغ في التعزير ...

فاراد اثباته لدفع التعزير لا يسمع لانه شهادة على الجرح المجرد بخلاف ما اذا
قال له يا زاني فاراد اثباته حيث يسمع لانه يثبت عليه الحد وهو حق الله تعالى
فلا يكون جرحا مجردا كما سياتي في كتاب الشهادة وعزر بيا كافر يا خبيث يا سارق
يا فاجر يا مخنث يا خاين يا لوطي يا زنديق يا لص الا ان يكون لصا كذا في الخانية
يا ديوث هو من لا يغار على زنا اهله يا قرطبان هو معرب قلتبان مرادف
ديوث يا شارب الخمر يا اكل الربا القحبة في الفتاوى الظهيرية القحبة الزانية ماخوذ
من القحاب وهو السعال وكانت الزانية في العرب اذا مر بها رجل سعلت ليقضي
منها حاجته فسميت الزانية بهذا قحبة وقيل هو من يكون همتها الزنا
وقيل افحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتانف منه والقحبة
من تجاهر به بالاجرة اقول فيرد على ظاهره انه مقتضى هذه المعاني ان تكون في
القحبة معنى الزنا مع زيادة امر قبيح فينبغي ان يجب فيه الحد كما وجب في يا
الزانية كما مر اللهم الا ان يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنا او بما هو
في حكمه بان يدل عليه اللفظ اقتضا كما اذا قال لست لابيك او لست
يا ابن فلان ابيه في الغضب كما مر ولفظ القحبة لم يوضع بمعنى الزانية
بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى اخر كما مر ولا يدل عليه اقتضا ايضا
وهو ظاهر يؤيده ما قاله الزيلعي لا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست
لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال ان يكون من غيره بالوطي بالشبهة
لانا نقول فيه نسبة امه الى الزنا اقتضا والمقتضى اذا ثبت ثبت بجميع
لوازمه فيجب الحد اذ الثابت اقتضا كالثابت بالعبارة هذا غاية ما
يمكن في هذا المقام لكنه بعد موضع تامل يا ابن الفاجرة فانها من تاتي
كل معصية فلا تكون في معنى الزانية ولا في حكمه فلا حد به انك ماوي

قوله الا ان يكون لصا كذا لو كان به ما وصفه به كآكل الربا وشرب الخمر

اللصوص وانت ماوي الزواني يامن يلعب بالصبيان ياحرام زاده معناه
المتولد من الوطي الحرام وهو اعم من الزنا كالوطي حالة الحيض وفي العرف
لايراد الا ولد الزنا وكثيرا ما يراد به الخبيث اللئيم فلا حد به وانما عزر فيهما
لانه اذى مسلما والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحد ودفع وجبت
التعزيرلا اي لا يعزر بيا حمار يا خنزير يا كلب يا ابليس يا قرد يا حجام
يا ابنه اي يا ابن الحجام وابوه ليس كذلك يا مواجر فانه يستعمل فيمن يواجر
اهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف بل بمعنى الموجر فلا تعزير فيه
يا بغا فانه من شتم العوام ولا يقصدون به معنى معينا يا ضحكه
بوزن نقطه من ضحك عليه الناس وبوزن الهمزه من يضحك على
الناس يا سخره هو كذلك وقيل في عرفنا يعزر في يا كلب يا حمار يا خنزير
يا بقر اذ يراد به الشتم ويتاذون به وقيل ان كان المنسوب من الاشراف
كالفقها والعلويه يعزر لان الوحشه تلحقهم بذلك وان كان من العامة
لا يعزر للتيقن بكذبه وهذا احسن كذا في الكافي ادعى عند القاضي على رجل
سرقة وعجز عن اثباتها لا يعزر لان مقصود المدعي تحصيل ماله لا السب
والشتم بخلاف دعوى الزنا فانه اذا لم يثبت يحد لما مر وهو حق العبد اي
حق العبد غالب فيه فيجري فيه الابرا والعفو واليمين والشهادة على
الشهادة وشهادة على رجل وامراتين بخلاف الحد الذي هو خالص لله تعالى حيث
لم يجز فيه شي من ذلك ويعزر المولى عبده والزوج زوجته على تركها الزينة وتركها
غسل الجنابه وعلى الخروج من المنزل وترك الاجابة الى الفراش اي لا يعزر
زوجته على ترك الصلاة والاب يعزر الابن عليه قال في النهايه انما يضربها
لمنفعة تعود عليه لا لمنفعة تعود اليها الا ترى انه ليس له ان يضربها على ترك الصلاة

[illegible]

ولمه ان يضربها علي ترك الزينة ونحوه من حد او عزر فمات دمه هدر لانه فعل ما فعل
بامر الشرع فيكون منسوب الي الامر فكانه مات حتف انفه الامراة عزرها زوجها
بمثل ما ذكرنا فماتت فان دمها لا يكون هدر الان تاديبه مباح فيتقيد بشرط
السلامة ادعت علي زوجها ضربا فاحشا وثبت عليه ذلك يعزر وكذا المعلم اذا ضرب
الصبي ضربا فاحشا يعزر كذا في مجمع الفتاوى رأى رجلا مع امراته او محرمه وهما مطاوعتان
قتل الرجل والمراة جميعا كذا في المنية والله اعلم كتاب السرقة هي لغة اخذ الشي من الغير
خفية اي شي كان وشرعا اخذ مكلف اي عاقل بالغ خفية قدر عشرة دراهم مضروبة
جيده محرزة صفة قدرا وحال منه بمكان او حافظ فقد زيد علي المعنى اللغوي
اوصاف شرعا منها في السارق وهو كونه مكلفا ومنها في المسروق وهو كونه
مالا متقوما مقدرا ومنها في المسروق منه وهو كونه حرزا وسياتي بيانها ان شاء الله
تعالى والمعنى اللغوي مراعا فيها اما ابتدا وانتها كما اذا باشر سبب الاخذ خفية
واخذ خفية او ابتدا فقط كما اذا نقب الجدار خفية واخذ المال من المالك
مكابرة علي الجهار ثم انها اما صغرى وهي السرقة المشهوره وفيها مسارقة
عين المالك او ما يقوم مقامه واما كبرى وهي قطع الطريق وفيها مسارقة عين
الامام لانه المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وشرط كون السارق مكلفا لان
الجناية لا تتحقق دون العقل والبلوغ والقطع جزا الجناية وشرط كون الماخوذ
عشرة دراهم مضروبة جيده فصاعدا او قدرها قيمة لان النص الوارد في حق
السرقة مجمل في حق قيمته وقد ورد الحديث في بيانه في الجملة حيث قال عليه الصلاة
والسلام لا يقطع السارق الا في ثمن المجن الذي قطع اليد فيه علي عهد النبي صلي الله عليه وسلم
كان يساوي عشرة دراهم رواه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وشرط كونها وزن سبعة
مثاقيل لانه المعتبر في وزن الدراهم في غالب البلدان وكونها مضروبة لانها
المتنا ولة عرفا لاسم الدراهم وهو ظاهر الرواية وهو الاصح حتى لو سرق عشرة
تبرا الا قاو في عشرة مضروبة لا يجب القطع لان شرط العقوبات يراعي وجوبها

قال اصحابنا المجن

بصفة الكمال والتبر انقص من المضروب قيمة ولهذا اشترط الجودة حتى لو سرق عشرة رديه لا يقطع عند ابي حنيفة وزفر وشرط كون الاخذ من حرز لا شبهة فيه لان ما يندرء بالشبهات لا يستوفي بشبهة والحرز قد يكون بالمكان وقد يكون بالحافظ وسيأتي بيانه ان شا الله تعالى فيقطع السارق اي يمينه ان اقر مرة كما في القصاص وحد القذف ويروى عن ابي يوسف عدم القطع الا بالاقرار مرتين او شهد رجلان كما في ساير الحقوق وسالهما اي الامام الشاهدين كيف هي وما هي ومتى هي واين هي وكم هي وممن سرق وتبليانهما لزيادة والاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسال عن الشهود للتهمة ثم يحكم بالقطع وان تشارك جمع في السرقة واصاب كلا قدر نصاب وهو عشرة دراهم قطعوا وان اخذ المال كله من الحرز بعضهم لان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لا متنع القطع في اكثر السراق فيودي الى فتح باب الفساد يقطع بالساج خشب معقوم يجلب من الهند والقنا الرمح والابنوس خشب صلب في الصحاح شجر طيب الرايحة والعود والمسك والادهان والورس نبات كالسمسم ليس الا باليمن يزرع فيبقى عشرين سنة كذا في القاموس والزعفران والعنبر والفصوص الخضر كانها الزمرد والياقوت والزبرجد واللولو واللعل والفيروزج وبالجملة كل ما هو من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد في دار الاسلام مباحة بالاصل فالتحق بالاموال النفيسة وانما يقطع في الباب اذا كان محرزا غير منصوب على الجدار خارج البيت والا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لا اي لا يقطع بتافه اي حقير يوجد مباحا في دارنا كالخشب وحشيش وقصب وسمك وصيد وزرنيخ ومغرة وهي الطين الاحمر ونورة ولا بما يفسد سريعا كلبن ولحم وفاكهة وثمر على شجر لعدم الاحراز وبطيخ وزرع لم يحصد لعدم فيهما ايضا ولا في اشربة مطربة ولا آلات لهو وصليب من ذهب او فضة وشطرنج ونرد لان من اخذها يتاول الكسر

فان لم يعرف الصنعة ... [illegible]

رطبة

بخلاف دراهم عليها التمثال لانها ما اعدت للعبادة بل للتمول ولا يلبث فيها تاويل الكسر وباب مسجد لعدم الاحراز ومصحف لانه ليس بمحوز للتمول واخذه يتاول القراة فيه وصبي حر لان الحر ليس بمال ولو كان المصحف والصبي محليين لان ما فيهما تبع لهما فلا يعتبر وعبد كبير لان اخذه غصب او خداع لا سرقة ودفاتر غير الحساب لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولانها ان كانت شريعة ككتب الفقه والحديث والتفسير فهي كالمصحف وان كانت اشيا مكروهة فهي كالطنبور واما دفاتر الحساب فالمذكور في الكافي ان المراد دفاتر مضي حسابها لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فيقطع ان بلغت نصابا وفي المحيط سرق دفاتر حساب انسان واستهلكها يضمن للمالك قيمتها وهو ان ينظر بكم يشتري ذلك وهو نظير من حرق صك انسان ضمن قيمة الصك مكتوبا على قول اكثر المشايخ ولا ينظر الى المال وفهد وكلب لانهما يوجدان مباحي الاصل وخيانة كان يخون المودع ما في يده من الشي المامون وخلس وهو ان ياخذ من اليد بسرعة جهرا ونهب وهو ان ياخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر قرية او بلدة كذا في المستصفي ونبش لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ومال عامة كمال بيت المال ومال له فيه شركة ومثل حقه حالا او موجلا بان له على احد دراهم حالة او موجلة فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفا لحقه والحال والموجل فيه سوا لان التاجيل لتاخير المطالبة ولو اخذ بزايد على حقه لانه بمقدار حقه يكون شريكا فيه وهو شايع وان سرق منه عروضا يقطع اذ ليس له ولاية الاستيفا منه الا بيعا بالتراضي وما قطع فيه ولم يتغير يعني ومن سرق عينا فقطع فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع لما سياتي حتى اذا تغير فسرق يقطع ثانيا كغزل قطع فيه فنسج فسرق ولا يقطع بسرقة من ذي رحم محرم ولو كان المسروق

٢٦

مال غيره يعني ان السرقة من الرحم المحرم سكان المسروق مال ذي الرحم او مال
غيره لا يوجب القطع للشبهة في الحرز بخلاف ماله اي مال المحرم اذا
سرق من بيت غيره حيث يقطع لتحقق الحرز وبخلاف مال مرضع
مطلقا اي سوا سرق من بيتها او من بيت غيرها حيث يقطع لتحقق
الحرز ولا بسرقة من زوج وعرس ولو كان سرق العرس من حرز خاص
له اي للزوج فان تبسط اليد لكل منهما في مال الاخر مانع من القطع ولا بسرقة
عبد من سيده وعرسه اي عرس سيده او زوج سيدته لوجود الاذن بالدخول
عادة في هذه الصورة ولا بسرقة المولى من مكاتبه لان له في اكسابه حقا
ولا بسرقة الضيف من مضيفه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا
في دخوله ولا بسرقة من مغنم لان له فيه نصيبا وحمام نهارا او بيت اذن
له في دخوله لوجود الاذن عادة في الاول وحقيقة في الثاني فاختل الحرز
وكذا حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت
لاحراز الاموال والاذن مختص بالنهار او سرق شيا ولم يخرجه من الدار
لا يقطع فيه ايضا لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها او دخل
بيتا وناول من هو من خارج حيث لا قطع عليهما لان الاول لم يخرج لاعتراض
يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يهتك الحرز فلم تتم السرقة من كل
واحد او نقب بيتا فادخل يده واخذ نصابا حيث لا يقطع لما روي
عن علي رضي الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع وفسروه بهذا او طر صرة
خارجة من كم غيره قال في النهاية الصرة وعا الدراهم والمراد بها هنا الكم وانما كان الحكم هكذا
لان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وان كانت
الصرة داخلة فطرها واخذها قطع لان الرباط من خارج فبالطر تبقى الصرة داخل
الكم فيوجد الاخذ من الداخل ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس علته
او سرق جملا من قطار او حملا حيث لم يقطع سوكان معه سايق يسوقه او قايد يقوده

او لا لان

ابن دكين ... [illegible]

اولان مقصود السايق والقايد السوق (القود) وقطع المسافة لا الحفظ وقطع سارق
الجمل او الحمل ان حفظ صاحبه او نام عليه فان النوم على الحمل او بقربه منه حفظ له
او شق الحمل واخذ منه شيا يبلغ النصاب فان الجوالق حرز او ادخل يده
في صندوق غيره او كمه او جيبه للاخذ واخذ قدر النصاب او اخرج من
مقصورة دار فيها مقاصير الى صحنها او سرق صاحب مقصورة من مقصورة
اخرى يعني دار فيها حجرات يسكن في كل منها من لا تعلق له بالحجر التي يسكن
فيها غيره لان دار الواحد بيوتها مشغولة بمتاعه وحده وبينهم انبساط او القى
شيا من حرز في الطريق ثم اخذه لان الرمي حيلة يعتادها السراق لاغراض فاسدة
فيه ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فقطع واذا اخرج
ولم ياخذ فهو مضيع لا سارق فلا يقطع او حمله على حمار فساقه فاخرجه لان
سيره مضاف اليه بسوقه في المشية للامام ان يقتل السارق سياسة لسعيه
في الارض بالفساد فصل يقطع يمين السارق اما القطع فبالنص واما
اليمين فلقراءة ابن مسعود رضي الله عنهما فاقطعوا ايمانهما والقراءة المشهورة
يعمل بها عندنا من زنده لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع يد السارق من
الزند ويحسم لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوا واحسموا لا في حر وبرد
شديد لانه يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف ثم رجله اليسرى ان عاد
فان عاد لا اي لا يقطع وحبس حتى يتوب وعزر ايضا وقال الشافعي يقطع
في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم
من سرق فاقطعوا فان عاد فاقطعوا فان عاد فاقطعوا فان عاد فاقطعوا
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم حتى حجهم بقوله اني لاستحيي من الله تعالى
ان لا ادع له يدا يبطش بها ولا رجلا يمشي بها ولا يحتج منهم احد بالحديث فدل
على عدمه وقال الطحاوي تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها اصلا ولو صح
حمل على السياسة والنسخ فان كان جواب هذا الشرط قوله الاتي لم يقطع

علي رضي الله عنه صح

قوله يقطع يمين السارق يعني بحضرة الحاكم [illegible] الشاهدان فقد [illegible] منه واما حضور المسروق منه [illegible] فانصه واذا كان ابي المسروق منه غائبا والشاهدان غايبان لم يقطع ايضا وقال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه وكذلك الموت وكذلك هذا كل حد وحق سوى الرجم وبمعنى القصاص وان لم يحضروا استحسانا لانه من حقوق الشاهد انتهى وانما ذكرته لاني رايت بخط بعض المشايخ معزيا للحاكم يفيد هذا التصريح [illegible]

اما عدم القطع فيما اذا كان يده اليسرى او ابهامها او اصبعان او رجله اليمنى مقطوعة او شلا فلان فيه تفويت جنس المنفعة وهو البطش والمشي بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلا لان فواتها لا يمنع القطع في ظاهر الرواية واما عدمه فيما ذكر بقوله او رده الى مالكه قبل الخصومة فلان الدعوى حينئذ لا تمكن فلا تظهر السرقة واما فيما ذكره بقوله او ملكه بهبة مع القبض او بيع او نقصت قيمته من النصاب قبل القطع هذا قيد للملك والنقصان معا فلان قيام الخصومة عند الاستيفا شرط القطع وقد انتفى في الاول وقيام كمال النصاب عند الامضا شرط القطع ايضا وقد انتفى في الثاني واما فيما ذكره بقوله او سرق وشهد عليه شاهدان فادعى كون المسروق ملكه وان لم يبرهن فلان الشبهة دارية للحد وتثبت بمجرد الدعوى للاحتمال واما فيما ذكر بقوله او اقرا اي السارقان بالسرقة وادعاه اي الملك احدهما وان لم يبرهن حيث لا يقطعان فلان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة قال في الوقاية او سرق فادعى ملكه او احد السارقين اقول فيه بحث لان المفهوم من العبارة غير مطلوب والمطلوب غير مفهوم منها اما الاول فلان قوله احد السارقين عطف على ضمير فادعى فالمعنى او سرق سارقان فادعى احدهما وهو ليس بمطلوب واما الثاني فلان المطلوب ان يقر السارقان وادعى الملك احدهما كما هو المذكور في الهداية والكافي وغيرهما وهو ليس بلازم اذ لا اشعار في العبارة بالاقرار واما فيما ذكره بقوله او لم يطالب المالك وان اقر السارق لم يقطع فلان الدعوى شرط فلا بد من المطالبة سرقا وغاب احدهما فبرهن على سرقتهما قطع الحاضر لان السرقة اذا لم تثبت على الغائب كان اجنبيا وبدعوى الاجنبي لا تثبت الشبهة ولا باحتمال دعوى من الغائب شبهة الشبهة فلا تعتبر وقطع السارق بخصومة ذي يد حافظة كاب ووصي ومودع وغاصب وصاحب ربا ومستعير او مستاجر ومضارب وقابض على سوم

الشرا

[illegible marginal notes]

المشترا ومرتهن ومستبضع وخصومة المالك ايضا من سرق منهم مقبول
خصومة اما خصومة ذي يد حافظة فلان السرقة موجبة للقطع
في نفسها وقد ظهرت تبعيتها عند القاضي بحجة شرعية بنا على خصومة
معتبرة فيستوفي القطع ولهم يد صحيحة وهي مقصودة كالمالك فاذا
ازيلت كان لهم ان يخاصموا عن انفسهم لاستردادها اصالة لا نيابة
لانه ان كان امينا لا يتمكن من اداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن من
اسقاط الضمان عن نفسه الا به بان يقول سرق مني فاذا كان اصيلا
في الخصومة وجب الاستيفا عند الثبوت بلا حضرة المالك لان
القطع حق الله تعالى بخلاف القصاص واما خصومة المالك من
سرق منهم فلان له حقيقة الملك وهي اقوى من اليد الحافظة فاذا
جازت بالثانية فلان تجوز بالاولى اولى لا من يقطع من سرق من سارق
قطع يعني اذا سرق رجل شيا فقطع به وبقي المسروق في يده وسرقه
من السارق آخر لا يقطع الثاني لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت
في يد المالك او الامين او الضمين لما مر آنفا ولم يوجد شي منها ههنا
اذ السارق الاول ليس بمالك ولا امين ولا ضمين حتى لو اتلفه لا يضمن
بخلاف ما اذا سرق قبل القطع حيث يكون له ولرب المال القطع لانه
في معنى الغاصب وقطع عبد اقر بسرقة لان اقراره صحيح من حيث
انه ادمي لا من حيث انه مال ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث
انه مال اذ لا تهمة فيه الا يرى ان قوله مقبول في هلال رمضان
لعدمها وما قطع به مطلقا اي سواكان المقطوع حرا او عبدا انه يرد
الى صاحبه لبقايه على ملكه والا لا يضمن وان تلف لقوله صلى الله عليه وسلم

لان الحفظ انما يتحقق [illegible]
والعناية انما تتحقق [illegible]
والتكليف انما يتحقق من حيث انه ادمي

لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه قوله وان اتلف اشارة الى ما روى
الحسن عن ابي حنيفة ان الضمان يجب بالاستهلاك ولا من سرق عطف
على ضمير لا يضمن وجاز للفصل مرات فقطع ولو كان القطع ببعضها اي
بعض السرقات شيا مفعول لا يضمن منها اي من تلك السرقات يعني ان
من سرق سرقات فحضر واحد من اربابها وادعى حقه فاثبته فقطع فيها
فهو بجميعها ولا يضمن شيا عنه ابي حنيفة وان حضروا جميعا فقطعت يده بحضورهم
لا يضمن شيا بالوفاق ولا يضمن ايضا قاطع يسار من امر بقطع يمينه بسرقة
لانه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى
بل كانت حاصلة قبله قلنا اليمين كانت مستحقة الاتلاف فبقطع اليسرى
سلمت فصارت كالحاصلة له به قال انا سارق هذا الثوب بالاضافة قطع
لكونه اقرارا بالسرقة ولو قال انا سارق هذا الثوب بدونها اي بدون
الاضافة بل بتنوين سارق لا اي لا يقطع لكونه عدة لا اقرارا وقطع
من شق ما سرق في الدار فاخرجه فهو بعد الشق يساوي العشرة اي عشرة
دراهم مضروبة فقيد بقيدين ان يكون الشق في الدار لانه اذا اخرج غير
مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه وانتقص قيمته بالشق من
العشرة فانه يقطع قولا واحدا واذا شق في الدار وانتقص قيمته ثم اخرجه
لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل في الاول لا الثاني فظهر ان القيد
الثاني لا بد منه ولذا ذكر في الهداية والكافي وغيرهما وقد ترك في الوقاية
والكنز لا اي لا يقطع من سرق شاة فذبح في الحرز فاخرج لان السرقة
تمت على اللحم وقد سبق ان سرقته لا توجب القطع ومن جعل ما
سرق من الفضة والذهب قدر النصاب دراهم او دنانير قطع السارق

اي ولا م

وان يساوي عشرة
دراهم بعد الشق
في الدار صح

وان لم يساوي العشرة ... عشرة دراهم

وردت الدراهم والدنانير الي المسروق منه عند ابي حنيفة وقالا لا يرد بناءً علي صنعة متقومة عندهما خلافا له وان حمره اي الثوب الذي سرقه فقطع فلا رد ولا ضمان عندهما وقال محمد يوخذ منه ذلك الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل اولى ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعني وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معني لزوال التقوم بالقطع كما مر فكان حق السارق احق بالترجيح وان سود السارق الثوب رد علي المسروق منه عند ابي حنيفة لان السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك سرق في ولاية سلطان ليس لسلطان اخر قطعه اذ لا ولاية له علي من ليس تحت يده

بلغ مقابلة

باب قطع الطريق لما فرغ من بيان السرقة الصغري شرع في بيان السرقة الكبري فقال من قصده اي قطع الطريق سوى كان جماعة ممتنعين عن طاعة الامام فقصدوه او واحدا يقدر علي الامتناع فقصده وهو مبتدا خبره قوله الاتي حبس معصوما اي حال كون القاصد معصوم الدم بان كان مسلما او ذميا فانه ان كان مستامنا ففي اقامة الحد عليه خلاف علي معصوم متعلق بالضمير البارز في قصده اي قصد القطع علي مسلم او ذمي حتى لو قطعه علي مستامن لا يجب عليه الحد فاخذ اي مسك قبل اخذ شيء من المال وقبل قتل كل واحد منهم او اكثر حبس بعد التعزير لمباشرته منكرا حتى يتوب لا بمجرد القول بل بان يظهر فيه سيما الصلحاء وان اخذ اي القاصد مالا ونصيب كل واحد منه نصاب قطع يده ورجله من خلاف ان كان صحيح الاطراف كذا في تحفة الفقها وان قتل بلا اخذ قتل حدا لا قصاص فلا يعفوه ولي تفريع علي كونه

حد الا قصاصا ولو كان قصاصا يعني ولي القصاص وان قتل واخذ
قطع ثم قتل او صلب عطف على قتل او قتل عطف على قطع اي قتل
ابتدا بلا قطع ثم قتل او صلب او صلب حيا وبعج اي شق بطنه برمح
حتى يموت والاصل فيه قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله الاية
اي يحاربون اوليا الله على حذف المضاف لان احدا لا يحارب الله تعالى
فالمراد به التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا يقتلوا الى اخره لا هو
التخيير كما قال مالك تمسكا بظاهره وثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم
من اخذ المال قطع وان قتل قتل ومن قتل واخذ المال صلب وقد روي
ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التفسير في اصحاب ابي بردة ويترك مصلوبا
ثلاثة ايام ليعتبر به غيره لا اكثر منها لانه يتغير بعدها فيتاذى
الناس به واما اخذ فتلف او اتلف لا يضمن يعني اذا قتل
القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى
وقد مر ويقتل احدهم حد والا نه جزا المحاربة وهي تتحقق
بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زال اقدامهم انحازوا
اليهم والشرط هو القتل من واحد منهم وقد وجد وحجرا وعصا لهم
كالسيف لان قطع الطريق يحصل بالقتل باي آلة كانت بل بمجرد
اخذ المال او الاخافة وان جرح واخذ المال قطع يده ورجله
من خلاف وهدر جرحه لان الحد لما وجب حقا لله تعالى سقطت
عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عنه المال لان القطع مع الضمان
لا يجتمعان وان جرح فقط اي لم يقتل ولم ياخذ ماله حبس هذا الشرط
قوله الاتي فلا حد او قتل عمدا بجريدة واخذ المال فتاب قبل ان يمسك

(في الهامش: والمقصود من المحاربة ... لان الحرب في الغالب ... اولياء الله تعالى)

وكان

وكان منهم غير مكلف اي صبي او مجنون او ذو رحم محرم
من المارة او قطع بعض المارة على البعض او قطع الطريق ليلا
او نهارا بمصر او مصرين متقاربين فلا حد اما سقوطه اذا خرج
فقط فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد او
سقوطه في ضمن استيفا الحد ولم يوجد فيبقى حقه وللولي القصاص
اذا كانت الجراحة مما فيه القصاص او الارش ان كانت مما فيه الارش
في الاولى من الصور المذكوره ما اذا جرح فقط واما اذا اخذ بعد ما
تاب وقد قتل عمدا فلقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا
عليهم فاذا سقط ظهر حق العبد فيه ويكون له اي للولي القود اي
قتل القاطع او العفو في غيرهما من الصور المذكوره واما اذا كان منهم
غير مكلف او ذو رحم محرم فلانه جنايه واحده قامت بالكل
فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت
الحكم واذا سقط الحد صار القتل الى الاوليا ان شاوا قتلوا وان شاوا
عفوا واما اذا قطع بعض المارة على البعض فلان الحرز واحد
فصار القافلة كالدار الواحده واما اذا قطع ليلا او نهارا بمصر
او بين مصرين متقاربين فلان الظاهر لحوق الغوث الا انهم
يؤخذون برد المال ايصالا للمال الى المستحق ويؤدبون ويحبسون
لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر الى الاوليا وعن ابي يوسف
انهم لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين المصر اقل من مسيرة
سفر تجري عليهم احكام قطاع الطريق قال في الاختيار وعليه
الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة

سقوطه ح

٣٤

وفي الخنق بكسر النون مصدر خنق يعني اذا خنق
رجلا حتي قتله فعليه ديته وسيأتي وجهها في الجنايات
ان شا الله تعالي ومن اعتاده في المصر قتل به لانه صار
ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل مع القطاع
امراة قتلت واحذت المال دون الرجال لا تقتل
المراة وقتل الرجال عشر نسوة قطعن الطريق
واخذن المال وقتلن قتلن وضمن المال
كتاب الاشربة لا يخفي وجه
مناسبة هذا الكتاب لكتاب الحدود
والقوم اخروه الي اخر الكتاب وهي
جمع شراب والشراب لغة كل ما يشرب
مسكرا كان اولا وشرعا ما يسكر اعلم
ان جميع ما يستخرج منه الاشربة اربعة
العنب والتمر والزبيب والحبوب كالحنطة
والشعير والذرة ثم الما المستخرج منها
حالان ني ومطبوخ والمطبوخ يطبخ حتي
يبقي ثلثه وقد يطبخ حتي يبقي ثلثاه وقد
يطبخ حتي يبقي نصفه والحرام من الاشربة
ايضا اربعة والحلال ايضا اربعة اما الحرام
فبين الاول منه بقوله حرم الخمر وان
قلت وهي النيء من ما العنب اذا غلي واشتد

وقذف

وقذف بالزبد خص هذا الاسم بهذا الشراب باجماع
اهل اللغة وقيل كل مسكر خمر لانها انما سميت
به لاختمارها قال ابن الاعرابي سميت الخمر خمرا
لاختمارها الا انها تركت فاختمرت واختمارها
تغير ريحها كذا في الصحاح ولو سلم فلا نسلم ان
رعاية المعني سبب الاطلاق بل سبب للوضع
وترجيح الاسم علي الغير فان القارورة سميت بها
لقرار المافيها ولا يطلق علي الدن والكوز وقد
تقرر في موضعه ان القياس لا يجري في اللغة
ثم القذف بالزبد شرط عنده وعندهما اذا
اشتد صار مسكرا قذف بالزبد اولا وبين الثاني
بقوله كذا الطلا وهو ما عنب طبخ فذهب اقل من
ثلثيه كذا في الهداية والكافي وقال في المحيط
الطلا اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتي ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا قال الزيلعي وهو الصواب
لما روي ان كبار الصحابة رضي الله تعالي عنهم كانوا
يشربون من الطلا ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وعلتها
اي الخمر وما ذهب اقل من ثلثيه نجاسة اما الخمر
فلثبوتها بالدلايل القطعية حيث سماها الله
تعالي رجسا وهو اسم للحرام النجس العين كذا
في الكافي وورد في الاحاديث المتواترة المعني فيه

واما ما ذهب اقل من ثلثيه فلانه حينئذ يكون في حكم الخمر وبين الثالث بقوله وحرم السكر وهو التي من ما الرطب كذا في الهداية والكافي وبين الرابع بقوله ونقيع الزبيب نيا اذا غلت اي الطلا والسكر والنقيع واشتدت وقد قذفت بالزبد فان هذه الاشربة انما تحرم عند ابي حنيفة اذا حصلت لها هذه الصفات الثلاث وعندهما يكفي الاشتداد كما في الخمر وحرمة الخمر اقوى من حرمة الثلاثة الباقية لثبوتها بدلايل لا شبهة فيها اصلا كما مر فيكفر مستحلها ولم يجز بيعها ولم يضمن متلفها الان يكون كذمي ويحد شاربها ولو قطرة وشارب غيرها ان سكر واما الحلال فبين الاول بقوله وحل المثلث العنبي وهو ما طبخ من ما العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان غلي واشتد وسكن من الغليان عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ومالك والشافعي قليله وكثيره حرام سيل ابو حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل خالفت ابا حنيفة وابا يوسف فقال لا لانهما يحلان لاستمرا الطعام والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي فعلم ان الحلال انما اذا قصد به التقوي فاما اذا قصد به التلهي فلا يحل اتفاقا والذي يصب عليه الما بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الما لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الما على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الما يذهب اولا للطافته او يذهب

منها

منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ما العنب وبين الثاني بقوله
وحل نبيذ التمر والزبيب مطبوخا ادنى طبخه وان غلا
واشتد وسكن من الغليان عند هما وعند محمد والشافعي
حرام والكلام فيه كما لكلام في المثلث المذكور وبين الثالث
بقوله وحل الخليطان وهو ان يجمع بين ما التمر والزبيب
مطبوخا ادنا طبخة ويترك الى ان يغلي ويشد فانه ايضا
يحل اذا شرب ما لم يسكر بلا لهو وطرب وبين الرابع بقوله
ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ
وهل يحد في هذه الاشربة اذا سكر منها قيل لا يحد قالوا
الاصح انه يحد بلا تفصل بين الني والمطبوخ لان الفساق
يجتمعون عليها في زماننا كاجتماعهم في ساير الاشربة
المحرمة بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد
اذا شرب قيد لقوله حل اي حل هذه الاشربة الاربعة
اذا شربت ما لم يسكر واذا سكر احد منها كان القدح
الاخير حراما لانه المفسد بلا لهو وطرب متعلق بقوله
شربت وهذا القيد غير مختص بهذه الاشربة بل اذا شرب
الما وغيره من المباحات بلهو وطرب على هية الفسقة حرمت
ان علم ان السكر حالة تعرض الانسان من امتلاد ماغه من
الابخرة المتاصدة اليه فيتعطل منه عقله المميز بين المور الحسنة
والقبيحة وهو حرام بالاجماع لكن الطريق المفضي اليه قد يكون
حراما كما في الاربعة السابعة وقد يكون مباحا كما في الاربعة

اللاحقة وسكر المضطر الى شرب الخمر والسكر الحاصل من الادوية
والاغذية المتخذة من غير العنب فان قيل الحل والحرمة من
صفات الافعال الاختيارية حتى ان الحولد يكون واجب الترك
والسكر على ما ذكر ليس بفعل فضلا عن كونه اختياريا قلنا كونه معنى صح
اختياريا حراما حرمة المباشرة الى تحصيله واكتساب
اسباب حصوله كما قالوا في بيان وجوب الايمان وحرمة
الكفر فانهما من الكيفيات النفسانية دون الافعال الاختيارية
فتدبر وخل الخمر عطف على المثلث اي حل خل الخمر الذي
يتحول الخمر اليه ولو كان تحوله بعلاج كالقا الملح وخبز
مثلا اليها ولا يكره تحليلها وقال الشافعي يكره ولا يحل الخل
الحاصل به ان كان بالقا شي فيه قولا واحدا وان كان
بدونه فله في الخل قولان والانتباذ اي حل اتخاذ النبيذ
في الدبا وهو القرع والحنتم وهو الجرة الخضرا
والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت والنقير وهو ظرف
يكون من الخشب المنقور فان هذه الظروف كانت مختصة
بالخمر فاذ حرمت حرم النبي صلى الله عليه وسلم استعمال هذه
الظروف اما لان فيه تشبها بشرب الخمر واما لان فيه اثر الخمر
فلما مضت مدة اباح النبي صلى الله عليه وسلم استعمالها اذ انما يبالغ
في ابتدا تحريم شي ويشدد ليتركه الناس مرة فاذا تركوه واستقروا الامر يزول
التشديد وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به اراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزا
الخمر وعبر به لعدم القاطع فيه كما مر في اول الكتاب الكراهة والاستحسان ولا يحد
شاربه بلا سكر لان وجوب الحد في قليل الخمر لكونه داعيا الى الكثير والدردي ليس كذلك فاعتبر حقيقة

السكر كتاب الجنايات

من الدرر والغرر

ووهم ... الله تعالى

السكر **كتاب الجنايات** لا يخفى وجه مناسبة هذا الكتاب
لكتاب الحدود والاشربة الجناية هي اسم لفعل محرم شرعا سواء تعلق
بمال او نفس وفي اصطلاح الفقها خصت بما تعلق بالنفوس
والاطراف وخص الغصب والسرقة بما تعلق بالاموال القتل
وهو فعل مؤثر في ازهاق الروح وهو على ما ذكر في المبسوط
ثلاثة اقسام عمد وخطا وشبه عمد وكان ابو بكر الرازي
يقول هو خمسة اقسام عمد وشبه عمد وخطا وجاري
مجرى الخطا وقتل بالسبب واختاره المتاخرون والمراد
به بيان انواع قتل يتعلق به الاحكام الاتية والا فالقتل
انواع كثيرة كالرجم والقصاص وقتل الحربي والقتل صلبا
في حق قطاع الطريق بين الاول بقوله اما عمد وهو قتل
ادمي قصدا احترز به عن الخطا ولا يخفى ما في قول الوقاية
ضربه قصدا من التسامح بنحو سلاح اي بسلاح ونحوه
في تفريق الاجزاء لان القصد فعل القلب ولا يوقف عليه
فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم
السفر مقام المشقة كليطة ونار وزجاج ومحدد خشب
ومحدد حجر فان الالة القاتلة غالبا هي المحددة لانها
هي المعدة للقتل حتى لو ضربه بحجر كبير او خشبة كبيرة او
بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابي حنيفة وسياتي
في شبه العمد وفي الخانية ان الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبهه
كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية وشرطه اي شرط القتل العمد

كون القاتل مكلفا اى عاقلا بالغا لما مر في اول الحدود اذ غير
المكلف ليس اهلا للعقوبات وقال في الخلاصة ليس للصبي عمد
ولا للمجنون وهو خطأ منهما وكون المقتول معصوم الدم بان يكون
مسلما او ذميا ابدا احترازا عن المستامن فان عصمة دمه
موقتة الى رجوعه بالنظر الى القاتل احترازا عما اذا قتل زيد
بكرا عمدا حتى وجب عليه القصاص ثم قتل بشر زيدا فان زيدا
لم يكن معصوم الدم بالنظر الى اولياء بكر لكنه كان معصوم الدم
بالنظر الى بشر ابدا ولذا وجب على بشر القصاص ان كان
قتل زيدا عمدا او الدية ان كان خطأ كما سياتي وان لا يكون بينهما
اى بين القاتل والمقتول شبهة ولا ذو شبهة ملك لما سياتي
ان القتل حينئذ لا يكون عمدا يترتب عليه القصاص وحكمه
الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها
وقد ورد فيه احاديث كثيرة وانعقد عليه الاجماع والقود عينا وقال
الشافعي رحمه الله هو غير متعين بل الولي مخير بينه وبين اخذ الدية
ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى
والمراد به العمد لانه اوجب في الخطا الدية لقوله تعالى ومن قتل
مومنا خطا الاية ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال العمد قود
اى موجبه القود فان نفس العمد لا يكون قودا اقول في كل من الدليلين
اشكال اما في الاول فهو ان من القواعد المقررة في الاصول ان التخصيص
بالذكر لا يدل على الحصر فتخصيص الخطا بالذكر لا يدل على قصر الدية على
الخطا بل يجوز ان تكون الدية مشتركة بين العمد والخطا كما ذهب

اليه

اليه الشافعي رحمه الله واما في الثاني فهو ان من القواعد المقررة
في الاصول ايضا ان تقييد المطلق نسخ وهو لا يجوز بخبر الواحد
والظاهر ان هذا الحديث كذلك ومن ادعى الشهرة فعليه
البيان وان تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد قبل ان
يخصص بكلام مستقل موصول لا يجوز ولفظ القتلى في
الاية اما مطلق او عام وعلى التقديرين لا يجوز العمل بخبر الواحد
بل الوجه ان يقال ان الايات يفسر بعضها بعضا فقوله تعالى
ولكم في القصاص حياة يدل على ان موجب العمد هو القصاص
فقط لان معنى الاية على ما ذكر في التفاسير وكتب المعاني ان
القاتل اذا لاحظ انه ان قتل قتل ارتدع بالضرورة عن القتل
فاذا لم يقتل لم يقتل فيبقيان على الحياة والظاهر ان هذا مختص
بالعمد فان القاتل في الخطا لا يقتل بل يتخلص بالدية وبه
يظهر الرد على الشافعي فيما ذهب اليه فليتامل فانه مما
تفردت به الحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والماب الا ان
يعفو وليه بلا بدل او يصالح ببدل لان الحق له وحكمه ايضا
حرمان الارث لقوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل ولا كفارة
فيه اي في العمد عندنا سواء كان عمدا يجب فيه القصاص او لا كالاب
اذا قتل ابنه عمدا او رجل قتل من اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا
عمدا كذا في النهاية وقال الشافعي تجب الكفارة لانها شرعت
ماحية للاثم والاثم في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجاب الكفارة
ولنا ان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة لما مر في اليمين

الغموس فلا تجب الا بسبب داير بين الحظر والاباحة كالخطاء
فانه بالنظر الى اصل الفعل مباح وبالنظر الى المحل الذى اصابه
حرام بسبب ترك التثبت وذكر الثانى بقوله واما شبه العمد
وهو قتله قصدا بغير ما ذكر فى العمد كالعصا والسوط والحجر الصغير
واما الضرب بالحجر والخشب الكبيرين فمن شبه العمد ايضا عند ابى
حنيفة رحمه الله خلافا لغيره سمى به لان فى هذا الفعل معنى العمدية
باعتبار قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطا باعتبار قصده
الى القتل لان الالة التى استعملها ليست باله القتل والعاقل
انما يقصد الى كل فعل بالته فاستعماله غير آلة القتل دليل على عدم
قصده اليه فكان خطا يشبه العمد وحكمه الاثم لقصده ما هو
محرم شرعا والكفارة لانه خطا نظرا الى الالة فدخل تحت
قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا الاية وبين الكفارة بقوله
تحرير رقبة مومنة ان قدر عليه والا اى وان لم يقدر فصيام
شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير
رقبة الاية والاطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه
واثبات الابدال بالراى لا يجوز ويجزيه رضيع لاحد
ابويه مسلم لانه مسلم لتبعية خير الابوين دينا والسلامة
فى اطرافه ثابتة ظاهرا او غالبا ولا يجزيه ما فى البطن لانه عضو
من وجه فلم يدخل تحت اسم الرقبة ودية مغلظة على العاقلة
وسياتى بيانها ان شا الله تعالى بلا قود اى ليس فيه قود لشبهه
بالخطا كما عرفت وهو اى شبه العمد فيما دون النفس من الاطراف

عمد يعني اذا اجرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص
ان كان مما يراعى فيه المماثلة كما سياتي فليس فيه اي فيما دون
النفس شبهه اي شبه العمد كما كان في النفس لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الالة وما دون النفس ليس كذلك
وذكر الثالث بقوله واما خطا وهو اما في القصد كرميه مسلما
ولو عبدا يظنه صيدا او حربيا فانه لم يخط في الفعل حيث
اصاب ما قصد رميه وانما اخطا في القصد او في الظن حيث
ظن الادمي صيدا او المسلم حربيا وانما قال ولو عبدا لدفع
توهم ان العبد مال وضمان الاموال لا يكون على العاقلة فان
المعتبر ادميته لا ماليته او خطا في الفعل كرميه غرضا
فاصاب ادميا فانه اخطا في الفعل لا القصد فيكون معذورا
لاختلاف المحل بخلاف ما اذا تعمد بالضرب موضعا من جسده
فاصاب موضعا اخر منه فمات حيث يجب القصاص لان جميع
البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما
صار الخطا نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب
والجوارح فيحتمل في كل منهما الخطا على الانفراد كما ذكرا او
الاجتماع بان يرمي ادميا يظنه صيدا فاصاب غيره
من الناس وذكر الرابع بقوله واما جار مجرى الخطا كنائم
انقلب على رجل او سقط من السطح عليه فقتله فان هذا ليس
بخطا حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يكون مخطيا
لمقصوده لكن لما وجد فعله حقيقة وجب عليه ضمان

ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطأ لانه معذور كالمخطئ
وحكمهما اى حكم الخطأ والجارى مجراه الاثم دون اثم القتل اما
اما الاثم فلترك التحرز فان الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها
الا بشرط ان لا يؤذى احدا فاذا اذى فقد ترك التحرز فاثم
واما كونه دونه فلعدم القصد والكفارة والدية اما كونهما
حكم الخطأ فبالنص واما كونهما حكم الجارى مجراه فظاهر وحرمان
الارث لاحتمال ان يقصد استعجال الميراث واظهر من نفسه
القصد الى محل اخر وان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا
الى استعجال الارث وذكر الخامس بقوله واما قتل بالسبب
اى بكونه سببا للقتل كاتلاف نحو حفر البير او وضع الحجر
فى غير ملكه قيد للحفر والوضع او وضع خشبة على قارعة
الطريق ونحوه مما هو سبب للاتلاف الا ان يمشى الهالك عليه
اى على البير ونحوه بعد علمه بالحفر ونحوه فحينئذ لا يجب
شئ على الحافر ونحوه وحكمه الدية على العاقلة لان الفاعل باشر
سبب التلف وهو متعد فيه فكانه موقع فى البير ودافع
على الحجر فوجب الدية وهى على العاقلة بلا كفارة ولا اثم
القتل لان القتل منه معدوم حقيقة والحق به الخطأ
فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وانما قال
ولا اثم القتل لانه يأثم بالحفر فى غير ملكه ولا ارث الا هنا لان
الحرمان بسبب القتل ولا قتل هنا باب ما يوجب القود
وما لا يوجبه يجب بقتل معصوم الدم عمدا فيه للقتل بشرايط ذكرت

من كون القاتل مكلفا الى اخره فيقتل الحر بالحر لتمام المماثلة
وبالعبد وعند الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر
بالحر والعبد بالعبد ولنا اطلاق قوله تعالى ان النفس بالنفس
والعين بالعين الاية والتخصيص بالذكر لا ينفي ما عداه لا يقال
لو دل لوجب ان لا يقتل العبد بالحر لان الشافعي يجيب عنه
بانه تفاوت الى النقصان فلا يمنع وبه يندفع ما قال صدر
الشريعة على انه ان دل لوجب ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى
العبد بالعبد والمسلم بالذمي وعند الشافعي لا يقتل لقوله صلى
الله عليه وسلم لا يقتل مؤمن بكافر ولنا ما روي انه صلى الله عليه
وسلم قتل مسلما بذمي وقول علي رضي الله عنه انما اعطوا
الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا والمراد
بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة
فكانه قال لا يقتل ولا ذمي بكافر فيكون مستامنا ضرورة لا هنا
اي لا يقتل مسلم وذمي بمستامن غير معصوم الدم على التابيد
كما مر بل هو بمثله اي يقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة
بينهما ولا يقتل استحسانا لقيام مبيح القتل ويقتل العاقل
بالمجنون والبالغ بالصبي والصحيح بالاعمى والزمن وناقص
الاطراف والرجل بالمرأة للعمومات والفرع باصله وان علا لعدم
المسقط لا عكسه اي لا يقتل الاصل بفرعه يتناول
الاب والام والجد والجدة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد
الوالد بولده ولا سيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد

ولده لانه لا يستوجب لنفسه القصاص على نفسه ولا ولده
عليه وعبد بعضه له لان القصاص لا يتجزى ولا قاتل عبد الا
يقتل قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه اى الراهن والمرتهن
لان المرتهن لا ملك له ولا يلى القصاص والراهن لو تولاه لبطل
حق المرتهن في الرهن وشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن
برضاه وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام وغيرهما
ان القصاص لا يثبت لهما وان اجتمعا كذا في الكافي ولا قاتل مكاتب
قتل عمدا عن وفاء اى وقد ترك ما يفي ببدله وعن وارث وسيد
وان اجتمعا اى الوارث والسيد لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا
في موته حرا او رقيقا فعلى الاول الولى هو الوارث وعلى الثاني
المولى فاشتبه من له الحق وارتفع القصاص فان لم يترك
وارثا غير سيده او ترك ولا وفاء اقاد سيده لتعينه لا قود
بقتل مسلم مسلما ظنه مشركا بين الصفين بل يكفر ويدى
اى يعطى الدية لانه ليس بعمد بل خطا مات شخص بفعل نفسه
بان شج نفسه وفعل زيد بان شجه واسد بان عقره وحية
بان لدغته ضمن زيد ثلث الدية لان فعل الاسد والحية
جنس واحد في كونه هدرا في الدارين وفعل نفسه هدر في
الدنيا معتبر في العقبى حتى ياثم بالاجماع وفعل الاجنبي
معتبر في الدارين فصارت الافعال ثلاثة اجناس فتتوزع
دية النفس اثلاثا فيكون الثالث بفعل الاجنبي ثلثها فيلزمه
ثلث الدية لكن في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد

كما

كما سياتي ان شاء الله تعالى شهر سيفا على المسلمين وجب قتله لقوله
صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه يعني اهدره
وانما وجب لان دفع الضرر واجب ولا شيء به اي بقتله وانما قاله
بعد القول بالوجوب لجواز ان يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله
شيء كما في الجمل الصايل والمجنون كما سياتي كذا اي يجب ايضا قتل
شاهر سلاح على رجل مطلقا اي ليلا ونهارا في مصر او غيره فقتله
المشهور عليه عمدا حيث لا يجب عليه شيء لما مر تبع سارقه
المخرج سرقته ليلا وقتله جاز ولا يجب بقتله شيء لقوله
صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك اذا تعين اي القتل
لخلاص ماله واذا لم يتعين لم يجز وكذا اذا قتله قبل
الاخذ اذا قصد الاخذ ولم يتمكن من دفعه الا بالقتل
وكذا اذا دخل دار رجل بالسلاح فغلب على ظن صاحب
الدار انه قاصد لقتله حل قتله شهر عصا نهارا
في مصر قتل من قتله عمدا لان العصا ليس كالسلاح
والظاهر لحوق الغوث نهارا في المصر فلا يفضي الى القتل
شهر سلاحا فضرب فانصرف فقتله المضروب يقاد القاتل
لانه اذا انصرف عادت عصمته الزايلة بالضرب فاذا قتله
الاخر قتل معصوما فعليه القود وضمن قاتل مجنون وصبي
شاهرين السلاح ولو كان قتلهما عمدا الدية معقول ضمن
في ماله لما مر ان العواقل لا تضمن العمد وضمن قاتل جمل صال عليه
القيمة وذلك لان فعل المجنون والصبي والدابة غير متصف

في مصر او غيره او
شاهر عصا ليلا
في مصر او نهارا في...

بالخطر فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة ومقتضى قتل النفس
المعصومة في الادمي وجوب القصاص لكنه امتنع لوجود المبيح
وهو دفع الشر فتجب الدية فيه والقيمة في الدابة بقتل جرح
ثبت عيانا او بشهادة جعله مجروحا او ذا فراش حتى مات
يعني ان طريق ثبوت القصاص سوى الاقرار امران احدهما ان
يجرح رجل رجلا بمحضر جماعة فمات منه والثاني ان يشهد رجلان
انه جعله مجروحا وذا فراش حتى مات ولو كان جرحه اياه
بنحو مسلة وهي بكسر الميم وتشديد اللام ابرة عظيمة يقال
لها بالفارسية جوالدوز لا بنحو ابرة وان تعمد لانها ليست في
معنى السلاح الا ان يغرز الابرة في مقتله اي في موضع يقتل
بغرز الابرة فيه فحينئذ يجب القصاص كذا في الكافي وبحد زجر
عطف على نحو مسلة اي بقتل بجرح حد مر وهو بالفارسية كلنك
لانه في معنى السلاح لا ظهره لانه ليس كذلك وروي عن محمد اذا
جرح وجب به القصاص ولا عود اوة مثقل او خنق وهو بكسر
النون مصدر قولك خنقه يخنقه كذا في الصحاح او تغريق او
سوط ولا في ضربة فمات لان وجوب القصاص مختص بالعمد
المحض وذا بان يباشر القتل بالته وهي الالة الجارحة لان الجرح
يعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا وغيره بنقضها باطنا لا ظاهرا
وقوامها بالظاهر والباطن كما هو جنس الحديد كالصفر والنحاس
والرصاص والذهب والفضة والانك كالحديد لو كان له حد
تفرق لانه حينئذ يكون في معنى السلاح رماه بمقدار حديد

يقتل به اي من شانه ان يقتل به فجرحه اولا فمات منه قتل
كذا لو ضربه بعصا راسه مضبب بالحديد وقد اصابه
الحديد فجرحه اولا او ضربه بقدر حديد او قمقمه او عموده
فمات منه كذا في المبسوط وروى الطحاوي عن ابي حنيفة انه
لا يجب القصاص اذا لم يجرح كالوضربه بالعصا الكبير او الحجر
المدور ولم يجرح لا يجب القصاص في قول ابي حنيفة رحمه الله
قال قاضي خان وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبهه كالنحاس
وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص فقتل من له ولي واحد
فله اي لذلك الولي قتل القاتل قصاصا قبل قضاء القاضي
بالقصاص بنفسه متعلق بقوله قتل القاتل اي له ان
يقتل بنفسه القاتل او امر الغير به ولا ضمان عليه اي على
ذلك الغير اذا كان الامر ظاهرا هذا قيد لجميع ما سبق يعني
اذا قتل رجل رجلا بمحضر جماعة وكان له ولي واحد جاز له
قتل القاتل بنفسه حتى لو كان متعددا فان اتفقوا كانوا
كالواحد والا لم يجز القتل وجاز ايضا ان يامر اخر بقتله اما
كونه قيد الجواز القصاص بجرح ثبت عيانا واما كونه قيدا
لجواز الامر به فلانه لما جاز له جاز انابة الغير منابه
واما كونه قيد العدم الضمان عليه فلان جواز القتل لظهور
الامر ينافي الضمان واما اذا قتل اي الاجنبي وقال الولي امرته
لم يصدق ويقتل الاجنبي لانتفاء شرط جواز القتل وهو ظهور
الامر وولي القصاص من يرث اي كل من يرث المقتول فله ولاية

القصاص ولو كان زوجا او زوجة كذا الدية اى يستحق الدية
كل من يستحق الارث وليس لبعض الورثة استيفاوه اذا كانوا
كبارا حتى يجتمعوا لاحتمال عفو الغايب اوصلحه ويستوفى
الكبير قبل كبر الصغير لانه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى
وهو القرابة واحتمال العفو والصلح من الصغير منقطع
فيثبت لكل واحد كملا كما فى ولاية النكاح ولا يجوز التوكيل
باستيفايه اى استيفاء القصاص بغيبة الموكل عن المجلس
لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال
حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعى قتل الرجل عمدا
رجلا لا ولى له للامام قتله والصلح لان السلطان ولى من لا
ولى له لا العفو لان فيه ضر العامة ويقيد ابو المعتوه قاطع
يده وقاتل قريبه يعنى اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا
او قتل قريبه كولده فابو المعتوه يقيد من جانبه
لان لابيه ولاية على نفسه فيليها كالانكاح ويصالح
لانه انفع للمعتوه من الاستيفا فلما ملك الاستيفا فلان
يملك الصلح اولى هذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منه والا
لا يصح ويجب الدية كاملة ذكره الزيلعى ولا يعفو لانه ابطال
لحقه وللوصى الصلح فقط لان ولاية القصاص تابعة لولاية
النفس وهى مختصة بالاب والصبى كالمعتوه والقاضى كالاب
فى الاحكام المذكورة ويسقط قود نفسه ومادونها ورثته على
ابيه بان قتل ابوه امه عمدا او قطع يدها عمدا لا يستوفيه ابنه

بل يسقط الحرمة الابدة بموت القاتل لفوات المحل وبعفو الاولياء
وصلحهم على مال وان قل لانه حقهم فيجوز تصرفهم كيف شاءوا
ووجب حالا ان لم يذكروا الحلول والتاجيل لانه مال واجب بالعقد
والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن ويسقط ايضا بصلح احدهم
وعفوه لان القود اذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الصلح والعفو ثبت حم
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القود سقوط حق الباقين
فيه لانه لا يتجزى وللباقي حصته من الدية لان استيفاء القصاص
تعذر لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال
كما في الخطا فان العجز عن القصاص ثمة لمعنى في القاتل وهو كونه
خاطيا ولا حصة للعافي لاسقاطه حقه صالح بالف وكيل مولى عبد
وحر قتلا اى العبد والحر بالصلح متعلق بوكيل عن دمهما
اى الدم الواجب عليهما به اى بالالف ينصف بينهما الا لو يعني
ان قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فوكل الحر ومولى
العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف فصالح فالالف على الحر ومولى
العبد نصفان ويقتل جمع بفرد اى اذا قتل جماعة واحدا عمدا يقتل
الجماعة به لاجماع الصحابة رضي الله عنهم وبالعكس يعني يقتل واحد
بجماعة قتلهم عمدا ويكتفي به اى بقتاله للجميع ولا شي من المال ان
حضر وليهم وقال الشافعي رحمه الله يقتل للاول منهم ان قتلهم بالتعاقب
ويقضى بالدية لمن بعده في تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان
قتلهم جميعا معا او لم يعرف الاول يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن
خرج له القرعة وبالدية للباقين وقيل لهم جميعا وتقسم الديات

بينهم لان الموجود منهم قتلات والموجود منه قتل واحد فلا
تماثل وهو القياس في الفصل الاول لكنا تركناه للاجماع ولكنا ان كل
واحد منهم قاتل على الكمال فحصل التماثل الا ترى ان الواجب في قتل واحد
جماعة هو القصاص ولولا التماثل لما وجب ولو حضر ولي واحد من
المقتولين قتل القاتل له وسقط حق البقية اي حق اولياء
بقية المقتولين بموت القاتل اي كما يسقط بموت القاتل
حتف انفه لفوات محل الاستيفاء كما مر قود بين اثنين فعفى احدهما
ثم قتل الاخر ان علم ان عفو البعض مسقط له يقاد والا فلا يعني
ان القصاص اذا كان بين اثنين فعفى احدهما وظن صاحبه
ان عفو اخيه لا يؤثر في حقه فقتل القاتل فانه لا يقاد فيه ومعلوم
انه اذا قتل بغير حق ولكن لما كان متاولا ومجتهدا فيه اذ عند البعض
لا يسقط القصاص بعفو احدهما فصار ذلك التاويل مانعا
وجوب القصاص كذا في المحيط رجل جرح رجلا فاشهد
المجروح على نفسه ان فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح فلا
شيء على فلان ولا تقبل البينة عليه وان عفى المجروح
او الاولياء بعد الجرح قبل الموت جاز العفو استحسانا
كذا في فتاوى المسعودي لا يجب القود بقتل عبد
الوقف كذا في الخلاصة ولا يقاد الا بالسيف
اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح
كذا فسره الصحابة رضي الله عنهم وقال اصحاب ابن مسعود
رضي الله عنهم لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن

السلا

بالسلاح كذا في الكافي باب القود فيما دون النفس هو فيما
يمكن فيه حفظ المماثلة فيقاد قاطع اليد عمدا من المفصل
حتى اذا كان من نصف الساعد لم يقد لامتناع حفظ المماثلة
ولو كان يده اكبر منها كذا الرجل فانها اذا قطعت من المفصل
يقاد ولو نصف الساق والمارن فان مارن الانف اذا قطع عمدا
يقاد ولو من قصبته فلا والاذن فانه اذا قطع عمدا يقاد ايضا
وكذا عين ضربت فزال ضوؤها وبقيت العين وبين طريق القود
بقوله فيجعل على وجهه اي الضارب قطن رطب ويقابل عينه
بمرآة محماة فان ضوء عينه يزول ولو قلعت اي عينه لا اي لا
يقاد لامتناع حفظ المماثلة فيه وكل شجة عطف على الرجل
اي كذا كل شجة يراعى فيه المماثلة حيث يثبت فيه القود
كالموضحة وهو ان يظهر العظم كما سيأتي ولا قود في عظم الا السن
لقوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في العظم الا في السن وهو
المراد بالحديث وان تفاوتا بالصغر والكبر لانه لا يقتضي التفاوت
في المنفعة فتقطع سن الضارب ان قلعت سن المضروب
وتبرد اي تكسر بالمبرد ان كسرت الى ان يتساويا ولا قود ايضا
في طرف رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين لان الاطراف في حكم
الاموال فتنتفي المماثلة للتفاوت في القيمة ولا قود ايضا
في قطع يد من نصف الساعد لما مر وفي جائفة برئت لان
البرء في الجائفة نادر فلا يمكن ان يجرح الثاني على وجه يبرأ منه
فيكون اهلاكا فلا يجوز واما اذا لم يبرأ فان سرت وجب

القود والا فلا يقاد الى ان يظهر الحال من البرء والسراية
ولا قود ايضا في لسان وذكر لامتناع حفظ المماثلة فيهما لان
الانقباض والانبساط يجري فيهما وعن ابي يوسف ان كان القطع
من الاصل يقتص الا اذا قطع من الذكر الحشفة لامكان حفظ
المماثلة حينئذ وطرف الذمي والمسلم سواء للتساوي بينهما في
الارش وخير المجني عليه ان كان يد القاطع شلا او ناقصة اي
ناقصة الاصابع او ارش الشاج اكبر من ارش المشجوج بين القود
والارش الكامل يتعلق بقوله خير اما الاول وهو ما اذا كان
يد القاطع شلا او ناقصة الاصابع بخلاف يد المقطوع فلان
استيفاء حقه بكماله متعذر فيتخير بين ان يتجوز بدون
حقه في القطع وبين ان ياخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان
فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا الردي يتخير بين ان
ياخذ الموجود ناقصا وبين ان ياخذ القيمة واما الثاني
وهو ما اذا كان راس الشاج اكبر بان كانت الشجة استوعبت
ما بين قرني المشجوج وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج
فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيعاب ما بين قرني الشاج زيادة
على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين
مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما في الشلا والصحيحة لا تقطع يدان
بيد ان امرا سكينا واحدا عليها فقطعت يعني اذا قطع رجلان
يد رجل بان اخذ سكينا واحدا من جانب وامراها على يده حتى

انفصلت لا تقطع يداهما وقال الشافعي يقطعان اعتبارا بالانفس لان الاطراف تابعة لها بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقا السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القود فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع للبعض لانا ما قطع بقوة احدهما فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض ولا الشيئان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد من جانب اخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة فقط وفي الطرف يعتبر المساواة في المنفعة والقيمة وضمنا ديتها: اي ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل منهما الربع لما مر مرارا وان قطع رجل يمنى رجلين سوا قطعهما معا او بالتعاقب فلهما اذا حضرا يمينه اي قطع يمينه ودية يد اي نصف دية النفس يقتسمانه بينهما نصفين اما ثبوت القطع لهما فلان تساويهما في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق ولا عبرة بالتقدم والتاخر كالغريمين في التركة وذلك لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق الثاني ايضا ولهما لو كان القاطع لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته واما ثبوت الدية لهما فلما عرفت ان الاطراف ههنا في حكم الاموال وعرفت ان القود ثابت لهما على الكمال لكن كل واحد منهما لم يستوف حقه كما هو حقه فلزم بالضرورة

اعتبار مالية الاطراف ايضا كيلا يبقى حق المظلوم على الظالم
ولهذا وجبت الدية بخلاف ما اذا كان القصاص في النفس
حيث يكتفى فيه بالقتل لهما بدون الدية قيد بيميني رجلين
لانه لو قطع يمين رجل ويسار اخر قطع يداه بهما وكذا اذا
قطعهما لواحد فان حضر احدهما اي احد المقطوع عين وقطع يد
القاطع فللاخر الدية اي دية يد واحدة للان للحاضر ان
يستوفي حقه ولا يجب عليه التاخير ليحضر الاخر لثبوت
حقه بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال ان لا يطلب
او يعفو مجانا او صلحا فاذا استوفى الاول تمام حقه بالقود
بقي حق الثاني في تمام دية يد واحدة لان الاطراف ليست كالنفوس كما مر
رمى رجلا عمدا فنفذ سهمه لاخر فيهما فانه يقتص للاول لانه عمد وعلى عاقلته
الدية للثاني لانه خطا. قطع رجل يد رجل اخر ثم قتله اخذ اي القاطع
بهما اي بموجب قطعه وقتله في عمدين ومختلفين بان قطع عمدا
وقتل خطا او عكس برا بينهما اولا متعلق بالعمدين والمختلفين
اما في العمدين والمختلفين اما في العمدين فان برا بينهما يقتص بالقطع
ثم بالقتل وان لم يبرا فكذا عنده لانه المثل صورة ومعنى
وعندهما يقتل ولا يقطع فيدخل جزاء القطع في جزا القتل
واما في المختلفين فانه اذا قطع عمدا ثم قتل خطا يقتص
بالقطع ويوخذ دية النفس وفي عكسه توخذ الدية للقطع
ويقتص للقتل لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والاخر
خطا واخذ بهما ايضا في خطاين بينهما برء اي تجب دية القطع

ودية

من الدرر والغرر

ودية القتل واخذ بدية واحدة في خطائين اي خطا القطع وخطا
القتل لا برا بينهما لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل
وهو ان يعلم عدم السراية والفرق بين هذه الصورة وبين عمدين
لا برا بينهما ان الدية مثل غير معقول فالاصل عدم وجوبها بخلاف
القصاص فانه مثل معقول فالحاصل ان القتل اما عمد او خطا والقطع كذلك
صار اربعة ثم اما ان يكون بينهما برء او لا صار ثمانية وقد بين حكم كل واحد منها
كما في ضرب مائة سوط برا من تسعين ولم يبق له اثر ومات من عشرة
حيث يكتفي بدية واحدة فانه لما برا من تسعين لم تبق معتبرة الا في
حق التعزير وكذا كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعند محمد اجرة الطبيب وثمن
الادوية وان بقي اي الاثر وجب حكومة عدل وسياتي في الديات ودية
للقتل عفى المقطوع عن القاطع فمات منه ضمن دية يعني رجل قطع يد رجل
عمدا فعفى المقطوع عن القاطع ثم مات منه فعلى القاطع الدية في ماله
ولو عفى عما يحدث منه ايضا او عن الجناية فهو عفو عن النفس فلا شيء عليه
اي على القاطع فالخطاء من الثلث والعمد من الكل يعني ان كانت الجناية خطا
وقد عفى عنها فهو عفو عن الدية فيعتبر من الثلث لان الدية مال يحق الورثة
متعلق بها والعفو وصية فتصح من الثلث واما العمد فموجبه القود وهو
ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال هذا عنده
وعندهما العفو عن القطع عفو عن النفس ايضا كالشجة يعني ان العفو عن
الشجة كالعفو عن القطع عنده وعندهما عفو عن النفس ايضا قطعت
امراة يد رجل عمدا فنكحها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعليها دية في

وعن

في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ هذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد او القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه فكذا التزوج على اليد او القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجها على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط اولا فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل فان قيل قد سبق ان القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يصح تزوجها عليه قلنا الموجب الاصلي للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فوجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان كان لاحدهما اكثر رجع صاحبه على الاخر وان كان القطع خطا كان تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين ان لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطا ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة اقول ينبغي ان تقع المقاصة على القول المختار في الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل في مال القاتل كما سيأتي تحقيقه ولو نكحها على يده وما يحدث منها يعني السراية او على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها لو عمدا لانه نكاح على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح

للمهر

للمهر فيجب مهر المثل كما اذا انكحها على خمر او خنزير
ولا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص لان حقه القصاص
وقد رضي بسقوطه على انه يصير مهرا وهو لا يصلح له فسقط
اصلا ورفع على العاقلة قدر مهر مثلها لو خطأ لان هذا التزوج
على الدية وهو يصلح للمهر فان ساوى اي مهر المثل الدية
ولا مال له سواه اي سوى مهر المثل فلا شيء عليهم اي على العاقلة
لان التزوج من الحوائج الاصلية فمعتبر من جميع المال وهم
وهم لا يغرمون شيئا منه لها لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها
فكيف يغرمون لها وفي الاكثر اي ان كان مهر المثل اكثر من الدية
لم تجب الزيادة لانها رضيت باقل من مهر مثلها والزايد في
الاقل اي ان كان مهر المثل اقل من الدية يرفع عن العاقلة مهر
المثل والزايد منها وصية لهم اي العاقلة وتصح لانهم من الاجانب
فان كان يخرج من الثلث يرفع عنهم ايضا والا سقط عنهم قدر
الثلث واد الفضل الى الولي اذ لا تنفذ الوصية الا
من الثلث. قطعت يده يعني قطع زيد مثلا يد بكر عند
القاضي فامر بالقصاص فاقتص زيد له اي لبكر بان
بان قطع يد زيد فمات المقطوع الاول وهو بكر قتل المقتص
منه وهو زيد قودا اي بقطعه سابقا اذ تبين بالسراية
ان الجناية كانت قتلا عمدا وان قطع المقتص منه فلا يوجب
سقوط حق المقتص له في القتل وضمن دية النفس من قطع لنفسه
يد غيره قودا فسرى يعني ان من له حق القصاص في الطرف

وفقه الله تعالى

اذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم ثم سرى الى النفس
ومات ضمن دية النفس عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن
وهو قول الشافعي رحمه الله لانه استوفى حقه وهو القطع
فسقط حكم سرايته اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه
فلا نشترط السلامة لئلا ينسد باب القصاص فصار كالامام
اذا قطع يد السارق وسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد
والحجام والختان وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع والموجود
قتل الا ان القصاص سقط للشبهة لانه في معنى المخطي
لانه قصد استيفا حقه لا القتل وقتل الخطا يوجب
الدية بخلاف ما ذكروا من المسايل اذ يجب الحكم فيها
بالقصاص على القاضي بتقليده والعمل على البزاغ ونحوه
بالعقد واقامة الواجب لا بتقيد بشرط السلامة كالرمي
الى الحربي وحده وفي مسالتنا هو مخير بين الاستيفا
والعفو بل العفو مندوب فيتقيد استيفاوه بشرط
السلامة كالرمي الى الصيد هذا ما قالوا ويرد على ظاهره
ان استيفا القصاص بنفسه في هذه الصورة شبهة فاذا اورث
شبهة سقط بها القصاص كان ينبغي ان يورث حكم القاضي في الصورة
الاولى شبهة فليسقطها القصاص لان حكم القاضي ادنى من المباشرة
بنفسه اقول في دفعه ان حكم القاضي يورث شبهة يدفع بها
القصاص بل يوجب القصاص على مدعي القطع لانه اذا ادعاه واثبته
عند القاضي كان موجبا عليه الحكم به فيكون المدعي في حكم

المكره

في الدرر والغرر

المكره للقاضي كما يكون المستوفي بنفسه في حكم المخطي بل يكون مكرها حقيقة
بمقتضى تعريف الاكراه وهو حمل الغير على فعل مما يعدم رضاه به لا الاختيار
فاذا كان في حكم المكره او مكرها وجب القصاص عليه لان القاضي حينئذ
يكون آلة له ويكون ذلك كالمباشر للقتل العمد كما تقرر في موضعه وارش
اليد عطف على قوله دية النفس اي ضمن ارش اليد من قطع يد من له عليه
قود نفس فعفي عنه اي قطع ولي القتيل يد القاتل ثم عفي عن القتل ضمن دية
اليد عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن لانه استحق اتلاف النفس بجميع
اجزائها فاتلف البعض فان عفي فهو عما سوى هذا البعض ولا انه
استوفى غير حقه لكن لا يجب القصاص للشبهة

باب الشهادة في القتل

باب الشهادة في القتل

واعتبار حالته اي حالة القتل القود يثبت للورثة
ابتداء لا ارثا اعلم ان هاهنا طريقين احدهما طريقة الخلافة وهو ان يثبت الملك
للوارث ابتداء بسبب انعقد في حق المورث كما اذا اتهب العبد فان الملك
يثبت ابتداء للمولى بطريق الخلافة عن العبد لان العبد ليس اهلا للملك والثاني
طريق الوراثة وهو ان يثبت الملك للمورث ثم للوارث بالنقل منه اليه
فذهب الامامان الى الثاني قولا بان القصاص موروث عن الميت حتى
تجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه قبل الموت وتقضى ديونه منه
اما اذا انقلب مالا وتنفذ وصاياه منه كما في الدية وذهب الامام الى
الاول قولا بان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي
ودرك الثار والميت ليس اهله وانما يثبت للورثة بطريق الخلافة
بطريق بسبب انعقد للميت اي يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء
من غير ان يثبت للميت لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت

المجروح ولا يتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل
موت المجروح وانما يصح عفو المجروح لان السبب انعقد وقوله
تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على ان القصاص
يثبت للوارث ابتدا بخلاف الدين والدية لان الميت اهل لملك المال
ولهذا لو نصب شبكة فتعقل به صيد بعد موته يملك واصل الاختلاف
راجع الى ان استيفا القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما
فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتدا فلا ينتصب احدهم
خصما عن الباقي في اثبات حقهم بغير وكالة وباقامة الحاضر البينة لا يثبت
القصاص في حق الغايب فلو برهن احدهم بغيبة اخيه على قتل ابيه فحضر
الاخ الغايب يعيدها ليتمكن من الاستيفا ويحبس القاتل اذا اقام الحاضر
البينة بالاجماع لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس بخلاف الخطا
والدين متعلق بقوله يعيدها اي لو كان القتل خطا لا يحتاج الى اعادة
البينة لان موجبه المال وطريق ثبوته الميراث وكذا الدين اذا اقام
احد الورثة بينة على ان لابيه على فلان كذا فحضر اخوه لا يعيدها
برهن القاتل على عفو الغايب فالحاضر خصم ويسقط القود اي اذا كان
بعض الورثة غايبا وبعضهم حاضرا ثم اقام القاتل بينة على الحاضر ان الغايب
قد عفى فالحاضر خصم لانه يدعي على الحاضر سقوط حقه في القود وانقلابه
الى المال فاذا قضى عليه صار الغايب مقضيا عليه تبعا له كذا لو قتل
عبد لرجلين احدهما غايب يعني اذا قتل عمدا عبد الرجلين احدهما
غايب فادعى القاتل على الحاضر ان الغايب قد عفى عنه فالحاضر خصم
ويسقط القود ان اثبت لما ذكرنا خبر وليا قود بعفو شريكهما فهو

عفو للقصاص منهما يعني ان رجلا قتل عمدا وله ثلاثة اوليا فشهد اثنان
منهم علي صاحبهما انه قد عفي فان اخبارهما عفو للقصاص منهما وهذه
المسئلة علي وجوه اربعة ذكر الاول بقوله فان صدقهما اي المخبرين القاتل
والشريك فلا شي له اي للشريك لانه بتصديقه ابطل نصيبه ولهما ثلثا
الدية لان نصيبهما صار مالا والثاني بقوله وان كذبهما اي كذب القاتل والشريك
المخبرين فلا شي للمخبرين لانهما باخبارهما اسقطا حقهما في القصاص وانقلب
مالا ولا مال لهما لتكذيب القاتل والشريك ولشريكهما ثلثها لان حق المخبرين
لما سقط في القصاص سقط حق شريكهما فيه لعدم تجزيه القصاص وانتقل الي
المال وسقط حقهما في المال ايضا لما ذكر وبقي حصة شريكهما وهي ثلث
الدية فلزم والثالث وان صدقهما القاتل وحده اي وكذبهما الشريك فلكل
منهم ثلثها لانه لما صدقهما اقر لهما بثلثي الدية فلزم وادعي بطلان حق
الشريك فلم يصدق فيتحول مالا وغرم القاتل الدية اثلاثا والرابع بقوله
وان صدقهما اي المخبرين الشريك فقط اي وكذبهما القاتل فله اي للشريك
ثلثها اي يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك ويصرف الي
المخبرين لان زعم الشريك انه قد عفي لتصديقه المخبرين فلا شي له علي القاتل
ولهما علي القاتل ثلثا الدية وما في يده وهو ثلث الدية مال القاتل
وهو من جنس حقهما فينصرف اليهما والقياس ان لا يلزمه شي لانهما ادعيا
المال علي القاتل والقاتل ينكر فلم يثبت وما اقر القاتل للشريك قد بطل
لتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه المخبرين قد اقر للشهود
عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط باخبارهما بالعفو كابتدا
العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الي غيره

وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي مائة فقال المقر له ليس لي
ولكنها لفلان فان المال للمقر له الثاني كذا هنا اختلف شاهدا القتل في زمانه او مكانه
او التة بان قال احدهما قتلته بعصا والاخر قتلته بالسيف او قال شاهد
قتله بعصا والاخر جهلت الة قتله لغت اي شهادتهما لان القتل مختلف
باختلاف الزمان والمكان والالة ويختلف احكامهما والمطلق يغاير المقيد
فكان على كل قتل شهادة فيرد فردت شهدا بقتله وجهلنا التة وجبت الدية
والقياس ان لا يجب شي لان القتل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ليمتنع العمل به
قبل البيان فيجب اقل موجبيه وهو الدية فتجب في ماله لان الاصل في القتل
العمد فلا يلزم العاقلة لما مر مرارا اقر كل من رجلين بقتل زيد وقال الولي
قتلتماه فله قتلهما لان كلا منهما اقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه
والمقر له صدقه في وجوب القتل ايضا لكنه كذبه في انفراده بالقتل
وتكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي لان ذلك
يوجب تفسيقه وتفسيق المقر لا يمنع صحة اقراره ولو كان مكان الاقرار شهادة
لغت اي شهدا بقتل زيد عمرا واخران بقتل بكر اياه لغت الشهادتان لان
تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته لان التكذيب
تفسيق وفسق الشاهد يوجب رد شهادته شهدا على رجل بقتله خطا وحكم
بالدية فجا المشهود بقتله حيا ضمن العاقلة الولي لانه قبض الدية بغير
حق او الشهود لان المال تلف بشهادتهم ورجعوا اي الشهود عليه اي على
الولي لانهم ملكوا المضمون وهو ما في يد الولي كالغاصب مع غاصب الغاصب
والعمد كالخطا الا في الرجوع اي ان كان الشهادة على العمد فقتل به ثم جا حيا تخير

٦٥

الورثة بين تضمين الولي الدية او الشهود فان ضمنوا الشهود لم يرجعوا على الولي عند ابي حنيفة لانهم اوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا وجه لان يرجعوا بمال اذ الاماثلة بينهما وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطا ولو شهدا على اقراره اي اقرار القاتل بالخطا او العمد ثم جاء حيا لم يضمنا اذ لم يظهر كذبهما في شهادتهما او شهدا على شهادة غيرهما في الخطا وقضى بالدية على العاقلة ثم جاء حيا لم يضمنا ايضا ان لم يظهر كذبهما في شهادتهما لان الشهود المشهود به شهادة الاصول على القتل لا نفس القتل ضمن الولي الدية في صورتين للعاقلة ان ظهر انه اخذها منهم بغير حق ثم لما فرغ عن مسايل الشهادة في القتل شرع في مسايل الاعتبار حالة القتل فقال العبرة بحالة الرمي لا الاصول ان الاصل ان العبرة لوقت الرمي في حق الضمان والحل لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت الاختيار وهو الرمي لا الاصول فيجب الدية على من رمى مسلما فارتد المرمي اليه فوصل السهم اليه فمات فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على الرامي لان التلف حصل في محل غير معصوم والعبرة به وتجب القيمة كعبد عبد رمي اليه بصيغة المجهول اي صار مرميا اليه فاعتقه فوصل السهم اليه فمات لانه وقت الرمي مملوك وقال محمد يجب عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وتجب الجزاء على محرم رمى صيد الحل ثم خرج من الاحرام فوصل السهم اليه فمات لانه وقت الرمي محرم لا على حلال رمى فاحرم فوصل السهم لانه وقت الرمي غير محرم ولا يضمن من رمى مقضيا عليه برجم فرجع شاهده فوصل لانه وقت الرمي مباح الدم

كتاب الديات

جمع دية مصدر ودي

والاتلاف غير المعصوم ولهما ان الرمي اليه وقت الرمي معصوم

كتاب الديات

اعلم

القاتل المقتول اذا اعطاوليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال
دية تسمية بالمصدر وفاوها محذوفة كما في عدة كذا في المغرب والارش
اسم للواجب علي ما دون النفس الدية الف دينار من الذهب وعشرة الاف
من الفضة ومائة من الابل فقط يعني ان الدية عند ابي حنيفة لا تكون
الا من هذه الاموال الثلاثة وقالا منهما ومن البقر مائة بقرة ومن الغنم
الفاشاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وهذه اي الابل في شبه
العمد ارباع بين الارباع بقوله من بنت مخاض خمس وعشرون ومن بنت
لبون خمس وعشرون ومن حقة خمس وعشرون ومن جذعة خمس وعشرون
وهي الدية المغلظة نقل في غاية البيان عن شرح الندوري ان تغلظ الدية
عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وابي موسي الاشعري والمغيرة بن شعبة
رضي الله عنه وان اختلفوا في كيفية التغليظ فعند ابي حنيفة وابي يوسف
ما ذكرهنا وعند محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها وفي الخطا عطف علي شبه العمد اي الابل
في الخطا اخماس منها اي من الذكورات الاربعة ومن ابن مخاض عشرون
بنت مخاض عشرون وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
وعشرون ابن مخاض وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه فاخذنا بذلك
وكفارتهما ما ذكر في النص وهو عتق رقبة مومنة فان عجز عنها صام
شهرين ولاء ولا يصح الاطعام اذا لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف
والجنين اذا لم تعرف حياته ولا سلامته ويصح رضيع احد ابويه مسلم كان
مسلم تبعا والظاهر سلامة اطرافه ودية المراة نصف دية الرجل في النفس
وما دونها وقد ورد هذا اللفظ موقوفا علي علي ومرفوعا الي النبي

صلي

٦٧

صلي الله عليه وسلم والذمي فيها اي الدية كالمسلم لقوله صلي الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وبه قضي ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وفي النفس هو وما عطف عليه خبر لقوله الاتي دية والمارن واللسان ان مع النطق او ادا اكثر الحروف والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية اولم تنبت وشعر الراس ايضا انحلق ولم ينبت دية اعلم ان الجاني ان فوت في الاطراف جنس المنفعة علي الكمال او ازال ما قصد في الادمي من كمال الجمال يجب عليه كل الدية لا تلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضا رسول الله صلي الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وقد قضي عمر رضي الله عنه لرجل علي رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت علي راسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه كذا كل ما في البدن اثنان كالحاجبين والعينين واليدين والرجلين والشفتين والاذنين والانثيين وثديي المراة فان الواجب في كل اثنين منهما دية كاملة وفي احديهما نصفها كما روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي صلي الله عليه وسلم وفي كل واحد من هذه الاشيا نصف الدية وفيما كتبه النبي صلي الله عليه وسلم لعمر بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين منهما تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت جنس النصف فيجب نصف الدية وكذا اشفار العينين حيث يجب في كلها كاملة وفي الاثنين منها نصفها وفي احدها اي احد الاشفار ربعها اي ربع الدية كما ذكر وفي كل اصبع يد او رجل عشرها لقوله صلي الله عليه وسلم في كل

ان حلقت

اصبع عشر من الابل وما فيها مفاصل ثلاثة ففي احدها ثلث دية اصبع لانه ثلثها وتصفها اي نصف دية اصبع لو فيها مفصلان كالابهام لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد علي الاصابع كما في كل سن يعني تجب في كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل لقوله صلي الله عليه وسلم في حديث ابي موسي الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسماية درهم فان قيل لو قلنا بذلك تزيد علي دية واحدة الا اذا تلف كل الانسان لانها في الغالب اثنان وثلاثون سنا وفي اتلاف كلها اتلاف النفس من وجه لتفويت جنس المنفعة لانها تصير كالهالكة معني وحكم الاتلاف من وجه لا يجوز ان يزيد علي الاتلاف من كل وجه قلنا هذا ثابت بخلاف القياس بالنص فلا يرد السوال كذا في غاية البيان واذا ثبت هذا بخلاف القياس كان غير معقول المعني فلا يجب ان يذكر له وجه معقول وانا اريد ذلك بطريق التبرع فالوجه ما ذكر صدر الشريعة ان عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين فالاربعة الاخيرة وهي اسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد ينبت لبعضهم بعض وللبعض كلها فالعدد المتوسط للاسنان ثلاثون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن بطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التي تقابلها وهو منفعة المضغ واذا كان النصف الاخير وهو الزينة باقيا وان كان العدد المتوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف المنفعة سدس العشر ومجموعها نصف العشر وفي عضو زال نفعه بضرب دية كيد شلت وعين عميت وصلب انقطع نسله لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بلا منفعة الا اذا تجردت عن المنفعة عند الاتلاف فحينئذ تجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال

بيان للصورة

كاليد

كالبد الشلا وارشد كاملا ان كان ذلك كالاذن الشاخصة ذكره الزيلعي

فصل لا قود في الشجاج الا في الموضحة عمدا وهي التي توضح العظم اي

تبينه لامكان اعتبار المساواة فيها بان يسبر غورها بالمسبار ثم تتخذ حديدة

بقدر ذلك تقطع بها مقدار ما قطع وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها

ايضا ذكره محمد في الاصل وهو الاصح لامكان اعتبار المساواة فيها ايضا

لما ذكر في الموضحة ذكره الزيلعي وفيها خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها

وهي التي تكسر العظم والمنقلة عشرها ونصف عشرها وهي التي تنقل العظم بعد

الكسر والامة وهي التي تصل ام الدماغ وهي جلدة رقيقة تجمع الدماغ وبعد

الامة شجة تسمى بالدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى ام الدماغ

لم يذكرها محمد لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا لا من الشجاج

والكلام فيها او الجائفة وهي التي تصل الى الجوف ثلثها كل ذلك ثبت بالحديث

وفي الجائفة اذا نفذت الى الجانب الاخر ثلثاها لان ابا بكر رضي الله عنه

هكذا حكم ولانها جائفتان وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة

والمتلاحمة وبالسمحاق وهو وما عطف عليه خبر لقوله الاتي حكومة

وهي بالمهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله بل يجتمع في موضع الجراحة

كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع

الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم وتقطعه والسمحاق وهي

التي تصل الى الجلدة الرقيقة بين اللحم وعظم الراس تسمى سمحاقا حكومة عدل

اي ليس فيها ارش مقدر شرعا ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل

وهو ما اثر عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وبين الحكومة بقوله

فيقوم عبدا بلا هذا الاثر ثم معه فقدر التفاوت بين القيمتين من الدية

هو الحكومة فيفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم
ومعه تسعماية فالتفاوت بينهما ماية درهم وهو عشر الالف فيوخذ هذا
التفاوت من الدية وهي عشرة الالاف فعشرها الف درهم فهو حكومة العدل
وبه يفتى احترازا عما ذكره الكرخي انه ينظر مقدار هذه الشجة من
الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية وقال شيخ الاسلام قول الكرخي
اصح لان عليا رضي الله عنه اعتبر بهذا الطريق فيمكن طوف لسانه ذكره
الزيلعي وفي اصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية يعني ان الارش لا يزيد بسبب
الكف لانه تابع بل الواجب في كل اصبع عشر من الابل فيكون في الخمسة خمسون
ضرورة وهي نصف الدية ومع نصف الساعد نصف دية الاصابع والحكومة
لنصف الساعد وفي كل اصبع عشرها للاصبع وان كان اصبعان فخمسها فيهما
للاصبعين ولا شي في الكف لما مر وفي اصبع زايدة هو وما عطف عليه
خبر لقوله الاتي الحكومة وعين الصبي وذكره ولسانه ان لم تعلم صحته اي صحة
كل من الثلاثة انما دل على نظره في العين وتحرك ذكره في الذكر وكلامه في اللسان
الحكومة وان علمت صحته فالدية فان حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا
ودخل ارش موضحة ان ذهبت عقله او شعر راسه في الدية يعني اذا شج
رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه ولم ينبت دخل ارش الموضحة في
الدية لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضا اذ لا ينتفع بدونها فصار
كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جز من الشعر
حتى لو نبت الشعر يسقط ارشها والدية وجبت لفوات الشعر
وقد تعلقتا جميعا بسبب واحد هو فوات الشعر فيدخل الجز
في الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده بخلاف ذهاب السمع

او

٧١

او البصر او النطق اي لو شجه موضحة فذهب احد هذه الاشيا لا يدخل
ارش الموضحة في ارش واحد منها لان كلا منها جناية فيما دون النفس
والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضا المختلفة بخلاف العقل لان نفعه
عايد الى جميع الاعضا لما مر وطريق معرفة ذهاب السمع ان يترك
المجني عليه حتى يغفل ثم ينادي ان اجاب او التفت علم انه لم يذهب كذا
في الفتاوي الصغري وطريق معرفة ذهاب البصر يري اهل البصر فان
قالوا بذهابه وجب الدية وان قالوا لا ندري اعتبر الدعوي والانكار بان يقول
المجني عليه للجاني اذهبت بصري فاذا انكر يطلب المدعي بالبينة فان عجز
فيكون القول للضارب مع يمينه على البتات دون العلم اي يحلف بان هذه الجنا ية
لم تصدر عنه فان نكل حكم عليه ذكره في الصغري لا قود في ذهاب عينيه بموضحة
بل دية الموضحة والعينين يعني شج رجلا موضحة فذهب عيناه فلا قصاص فيه بل
تجب الدية فيهما لان سراية الفعل مع ابتدا الفعل كشي واحد فان السراية لا تنفصل
عن الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال احدهما بالاخر وان لم يكن
اخر الفعل موجب للقود لا يكون اوله موجبا له لانه بالنظر الى الابتدا ان كان عمد
فبالنظر الى الانتها خطا فصار خطا من وجه دون وجه فلا يكون موجبا
للقود للشبهة ولا بقطع اصبع شل جاره لانه ايضا من قبيل السراية بل الدية
فيهما لان القصاص لما سقط وجب ارش كل منهما لكونهما عضوين مستقلين
او اصبع اي لا قود ايضا في اصبع قطع مفصله الاعلى فشل ما بقي لانه ايضا
من قبيل السراية بل دية المفصل لانه مقدر شرعا فقط ان لم ينتفع بما بقي
والحكومة فيما بقي لانها تقدير الشرع فيه ان انتفع به وانما كان كذلك لكونها عوضا

البتات

ايضا

واحدا ذكره الزيلعي ولا قود بكسر نصف سن اسود باقيها او احمر او اخضر او دخلها عيب بوجه ما بل كل دية السن كذا في الكافي وقال في الخلاصة ثم فيما اذا اخضرت او اسودت او احمرت انما تجب الدية اذا فاتت منفعة المضغ والا فلو كان السن مما يرى حال التكلم يجب الدية ايضا اي كما في الوجه الاول والا فلا شي وعلى هذا ينبغي كلام الكافي على الطلاقة واختلف الاصفرار والمختار الدية كما في ساير الالوان كذا في الخلاصة اقاد يعني نزع رجل سن رجل فرد نها الى مكانها ونبت عليها اللحم وجب الارش في الصورتين اما في الاول فلانه تبين ان الاستيفا كان بغير حق لكن لا تجب القصاص للشبهة فيجب المال لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية واما في الثانية فلان نبات اللحم لا اعتبار له لان العروق لا تعود وكذا الاذن يعني اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت يجب الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه لا اي لا يجب الارش ان قلعت سن فنبتت اخرى لان الجناية قد زالت ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت في مكانها اخرى لا يلزمه شي بالاجماع لعدم فساد المنبت حيث نبتت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة ولا الزينة او التحم شجة يعني شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت شعر سقط الارش لزوال الشي الموجب له او جرح بضرب يعني ان ضرب رجلا ماية سوط مثلا فجرحه فبرا ولم يبق اثر سقط الارش لزوال الشين ولم يبق اثر قيد للصورتين صبي ضرب سن صبي فانتزعها ينتظر فلوغ المضروب ان بلغ ولم تنبت يجب على عاقلته الدية ولو من البعج في ماله كذا في الخلاصة وسياتي في كتاب المعاقل انه المختار لطم رجل رجلا فحرك بعض اسنانه يستحق المضروب من سن الضارب ذلك القدر كذا في الخلاصة وطريقه ان يبرد بالمبرد حتي

يكون

٧٣

مثل سن المضروب فان قلت هذا ليس بعمد بل شبهه وقد مر ان لا قود فيما دون قد مر

العمد قلت ايضا ان شبه العمد فيما دون النفس عمد فلا يقتل الا بنا دجرح الا بعد

برء لقوله صلى الله عليه وسلم يستاني في الجراحات اي ينتظر ولان الجراحات فيها

مآلها لا حالها لاحتمال السراية الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء

عمد الصبي والمجنون خطا وعلى عاقلتهما الدية لما روي عن علي رضي الله

عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمد وخطا سوا ولان الصبي

مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على

العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف اذ لم يكن من العمد وان كان

منهم قصد الا لما مر انه المختار بلا كفارة لانها كاسمها ستارة ولا ذنب لهما

تستره لانهما مرفوعا القلم وحرمان ارث لانه عقوبة وهما ليسا من اهلها

فصل ضرب بطن امراة حرة احتراز عن الامة وسياتي حكمها

فالقت جنينا ميتا وجبت غرة هي نصف عشر دية الرجل وهي خمسماية درهم

لو كان الجنين ذكرا وعشر دية المراة لو كان الجنين انثى وهو ايضا خمسماية درهم

لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبدا وامة قيمته خمسماية

وروي او خمسماية فتكون الغرة نصف عشر دية انما سمي الرقيق غرة لانه غرة

ما يملك اي خيره وافضله واطلق الغرة وهي الوجه على الجملة كما قيل رقبة كذا

في العناية في سنة لما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة وتقسم بين ورثته سوى ضاربه

ان كان وارثا لما مر ان القاتل لا يرث ولا كفارة عليه اي الضارب لان فيها

معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ودية عطف

على غرة اي وفيه دية واحدة ان كان حيا فمات لانه اتلف حيا بالضرب

قوله فالعقت الحم فلو القت جنينين ... وهو احد اهاميتا والاخر حيا ... وهو احد ... تجب غرة ... ودية

ومنه

فصل

قوله لا يورث الا اذا كان القاتل صبيا او مجنونا فانه يورث لان حرمان الارث عقوبة وهما ليسا من اهلها

متنا

السابق وديتان ان كان المضروب جنينين فماتا لان الجزا يتعدد بتعدد الجنايات
وغرة ودية ان كان الجنين ميتا فماتت الام الغرة للجنين والدية للام ودية الام
فقط ان ماتت الام فالقت جنينا ميتا لان موت الام سبب لموته ظاهرا لان
حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها وديتان ان القت حيا فماتا دية للام ودية
للجنين لانه قتلها فصار كما اذا القته حيا وماتا وفي جنين الامة نصف عشر لاتكرار هنا
قيمته في الذكر وعشر قيمته في الانثى لان القيمة في الامة كالدية في الحرة ولا يلزم
منه كون الواجب في الانثى اكثر من الواجب في الذكر فيما اذا كان قيمة الجارية
اكثر من قيمة الغلام لانه نادر والغالب ان قيمته تزيد على قيمتها بكثير
حتى ان قومت جارية بالف درهم تقوم غلام مثلها في الصفات المذكورة
المرغوبة بالفي درهم فلا يلزم الاكثر في هذا اذا كان الجنين من غير مولاها
ومن غير المغرور واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين
الحرة ذكرا كان او انثى لانه حر ذكره الزيلعي فان ضربت فاعتق سيدها وقع
في عبارة الوقاية سيده كانه سهو من الناسخ لان الضمير للحمل وهو موهم
مطلقا حملها فالقته فمات وجبت قيمته حيا لا ديته لان قتله بالضرب السابق
وهو كان في حالة الرق وقد مر ان العبرة بحالة الرمي لا الوصول ويلزم منه
كون القيمة للمولى لا لورثته وما استبان بعض خلقه كالتام اي الجنين الذي
استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فيما ذكر من الاحكام لاطلاق ما روينا
امراة اسقطت ميتا بدوا او فعل كضرب بطنها تجب فيه الغرة اي تجب
على عاقلتها في سنة واحدة الا ان تكون باذن الزوج فحينئذ لا يلزم شي
ولو امرت امراة ففعلت لا تضمن المامورة كذا في الخلاصة والله تعالى اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق وغيره

ومن

ومن احدث في طريق العامة كنيفا وهو المستراح او ميزابا وهو مجرى الما
او جرصنا وهو ما يركب في الحايط وقيل يخرج من الحايط ليبنى عليه او دكانا
جاز احداثه ان لم يضر بالعامة ولكل من المارة نقضه لان كلا منهم صاحب الحق
بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك وفي طريق
الخاصة بان تكون غير نافذة لا اي لا يجوز احداث شي منها بلا اذن الشركا
وان لم يضر عليه لانه صار سبب الموت كما لو وضع حجرا او حفر بيرا في الطريق
او في غير ملكه فتلف به نفس وضمن قيمة بهيمة تلفت بواحد من المذكورات
ان لم ياذن به الامام فان الضمان في جميع ما ذكر باحداث شي في طريق العامة
انما يكون اذا لم ياذن به الامام لا ان اذن او مات واقع في بير طريق جوعا
او غما بضم الغين الكربة والمراد هنا اختناق من هو البير وعند ابي يوسف
ان مات غما يجب الضمان لان الغم بسبب الوقوع نحى حجرا وضعه اخر فعطب
به رجل ضمن المنحي لان فعل الاول انفسخ بفعله فالضمان عليه كمن حمل على راسه
او ظهره شيا في الطريق فسقط شي منها فتلف به فانه يضمن او ادخل
حصيرا او قنديلا في مسجد غيره فسقط شي منها فتلف به انسان ضمن
من قيد مسجد غيره لانه ان كان مسجد حيه لم يضمن لانا لتعديه فيما يتعلق
بالمسجد لاهله لا غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي ونحو ذلك فكان فعلهم
مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدية ومباحا
مقيدا بشرط السلامة او جلس في مسجد سوا كان مسجد حيه او مسجد غيره
حال المصلي لانه لو كان مصليا سوا صلى الفرض او النفل لم يضمن لان المسجد
انما بني للصلاة وان لم يكن مصليا سوا جلس لقراءة القرآن او للتعليم او
للصلاة او نام في اثنا الصلاة ضمن لا اي لا يضمن من سقط منه رد اليه

مجرى الما

وضمن دية

على اخره

او حصاه

كونه غير مصليا سوا صلى الفرض او النفل لم يضمن

علي انسان فعطب به قيد باللابس لانه ان كان حامله فسقط علي انسان
فعطب به او سقط فعثر به انسان ضمن والفرق ان حامل الشي بقصد حفظه
فلا حرج في التقييد بوصف السلامة بخلاف اللابس فلو قيد بما ذكر لزم
الحرج فجعل مباحا مطلقا وضمن ذو حايط مال الي طريق العامة فطلب
نقضه مسلم او ذمي حر او عبد او امراة او مكاتب لان الناس في المرور في
الطريق شركا وطريق الطلب ان يقول اني تقدمت اليك في هذا الرجل لهدم
حايطه وهذا القدر كاف ولا حاجة الي الاشهاد وذكره في الكتب ليتمكن
من الاثبات عند الانكار ممن متعلق بطلب يملكه اي النقض كالراهن للحايط
فانه يملك فكه اي فك الرهن وارجاع المرهون الي يده واب الطفل والوصي
فان لهما ولاية التصرف في مال الصبي والمكاتب لانه مالك يدا وولاية
النقض له والعبد التاجر ولو مديونا لان ولاية النقض له ثم ما تلف بالسقوط
ان كان مالا فهو في رقبته وان كان نفسا فعلي عاقلة المولي لو كان له عاقلة
لان الاشهاد من وجه علي المولي وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس
بالمولي فلم ينقض من يملكه في مدة يمكن اي ينقضه فيها اي في تلك المدة
ما لا مفعول ضمن وعاقلته عطف علي ضمير ضمن وجاز الفعل نفسا مفعول
ضمن المقدر تلفا اي النفس والمال به اي بذلك الحايط لا اي لا يضمن
من اشهد عليه فباع داره وقبضه المشتري اولا كذا في الكافي وليس في
الهداية لفظ اولا فسقط الحايط بعد البيع فتلف به مال او نفس وانما
لم يضمن لان الجناية بترك النقض مع تمكنه وقد زال بالبيع بخلاف اشراع
الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع ولا ضمان علي المشتري
اذا لم يشهد عليه الا ان يشهد عليه بعد شرايه فحينئذ يضمن لتركه التفريغ

مع

مع تمكنه بعد الطلب او طلب ممن لا يملك نقضه اي لا يضمن من لا يملك
نقضه وان طلب منه كالمرتهن والمستاجر والمودع والساكن لعدم قدرتهم
على التصرف مال الحايط الى دار رجل فله الطلب لان الحق له فيصح تاجيله
وابراوه منها اي من الجناية لان مال الطريق فاجله القاضي او الطالب لانه
حق العامة فلا يجوز لهما ابطاله وان بني مايلا بدا ضمن بلا طلب كما في شراع
الجناح وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبنا عليه ونحوه كالكنيف
مثلا حايط لخمسة طلب نقضه من احدهم وسقط على رجل فعطب به رجل
ضمن عاقلته اي عاقلة المطلوب منه خمس الدية لان الطلب صح في الخمس
فيكون متعديا فان قيل الواحد من الشركا لا يقدر ان يهدم شيا من الحايط
فكيف يصح الطلب منه قلنا ان لم يتمكن من عدم نصيبه يتمكن من اصلاحه
بوجه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض فاذا ضمن ترك العاقلة
كما ضمنوا اي العاقلة ثلثيها ان حفر احد ثلاثة في دارهم بيرا او بني حايطا
فعطب به انسان لان الحافر والباني في الثلثين متعديا **باب
جناية البهيمة** والجناية عليها الاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره
من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة بشرط السلامة
ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده
بها مطلقا يودي الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح واذا
تقرر هذا فنقول ضمن الراكب في طريق العامة ما وطيت دابته
وما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت اي عضت بمقدم
اسنانها او خبطت اي ضربت بيدها او صدمت اي ضربت بنفسها

شيا يقال اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الاخر بنفسه فان الاحتراز
عن هذه الاشيا ممكن لانها ليست من ضرورات السير فقيد بشرط السلامة
عنها فلو حدثت هذه الاشيا في السير في ملكه لم يضمن لانه غير متعد الا في
الوطي وهو راكبها الا ان الايطا مباشرة لانه قتله بثقله حتى يحرم الميراث
وتلزمه الكفارة وغيره تسبيب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البير
في ملكه وفي المباشرة لا يشترط ولو حدثت في السير في ملك غيره فلو كان سيره
باذنه اي باذن الغير كان ذلك الملك كملكه والسير فيه كالسير في ملكه حيث
لا ضمان عليه والا اي وان لم يكن باذنه ضمن ما تلف مطلقا لانه متعد لا ما نفحت
عطف على قوله وطيت دابته نفح الدابة بالحا المهملة ضربها بحد حافرها
اي لا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها سايرة اذ لا يمكن الاحتراز عنها
مع سيرها حتى لو اوقفها في الطريق ضمن لامكان الاحتراز عن الايقاف وان لم
يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالاتلاف او عطب بما راثت او بالت في
الطريق سايرة فانه لا يضمن ايضا لما مر من امتناع الاحتراز او اوقفها
له فان بعض الدواب لا يفعل ذلك الا بعد الوقوف في موضع اذن من
قبل الامام بايقافها فحينيذ لا يضمن لعدم التعدي وان اصابت بيدها
او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عينا او افسد
ثوبا لا يضمن لتعذر الاحتراز وبالكبير يضمن لامكان الاحتراز ضمن السايق
للدابة والقايد لها ما اصابت بيدها لا برجلها اي كل صورة يضمن فيها
الراكب يضمن فيها السايق والقايد لانهما مسبان كالراكب في غير الايطا
فيجب فيها الضمان بالتعدي كالراكب وهذا الحكم مطرد ومنعكس في
الصحيح وذكر القدوري ان السايق يضمن النفحة بالرجل لانه يري بعينه فيمكنه

الاحتراز

فلو اوقفها لغيره ضمن لانه متعد بالايقاف الا ان يكون الايقاف صح

متعد

نقله

فيه نظر لان الركوب مستلزم لاحدها فضمانه يستلزم ضمان الراكب فيفضي الى الضمان

مع
الاحتراز عنها في السير وغايبة عن بصر الراكب والقايد ولا يمكنها الا حتراز
عنها وعليه بعض المشايخ واكثرهم عن الاول وعليه اي الراكب الكفارة لانه مباشر
وهي حكم المباشرة ولا يرث ان كان المقتول مورثه كذلك ايضا بخلافهما اي
السايق والقايد حيث لا كفارة عليهما ويرثان لانهما مسببان والكفارة وحرمان
الارث لبسا من احكام التسبب ضمن عاقلة كل حر فارس او راجل ذكرا او رجل
في المبسوط وغيره دية الاخر ان اصطدما وقد مر معنى الاصطدام وماتا
ولم يكونا من العجم حتى لو كانا منهم وجب الدية في مالهما كما مر مرارا وكان
اي الاصطدام خطا لان موت كل منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في
في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى
نفسه لانه مباح مطلقا نفسه في حق ولو اعتبر لوجب نصف الدية فيما
اذا وقع في بير وقارعة الطريق اذ لو لا مشيه وثقله في نفسه لما هوى
في البير وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق
غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وفيه خلاف زفر والشافعي
ولو كان الاصطدام عمدا فنصفها اي الواجب نصف الدية اتفاقا لان كلا
منهما مات بفعله وفعل الاخر فيعتبر نصف الدية ويهدر النصف
كما اذا جرح كل منهما نفسه وصاحبه ولم يذكر في الكفاية صورة العمد صريحا
بل ضمن دليل الخصم ولهذا قال في الهداية اي يجب نصف الدية في العمد
على عاقلة كل واحد وفي الخطا تجب الدية الكاملة على ما ذكر في الكتب خلا
انه ذكر الخطا في موضع المسالة والعمد في بيان قول الخصم ولو كان المصطدمان
عبدين يهدر دمهما لان الجناية تعلقت برقبتهما دفعا وقد فاتت لا الى
خلف ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا فعلى عاقلة الحر المقتول قيمة العبد في الخطا

لانه ضمان الادمي فياخذها ضمان الحر المقتول اذ على اصل ابي حنيفة
ومحمد قد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي عندهما فقد
لخلف العبد الجاني قيمة بدلا بهذا القدر فياخذه ورثة الحر المقتول عليهم
وياخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد لعدم الخلف ونصفها في
العمد اي يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون في العمد
النصف وهذا القدر ياخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته
وهو نصف دية الحر فسقط الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف
القيمة وضمنها اي الدية عاقلة سايق دابة وقع بعض الالة اي الاداة كالسرج
واللجام ونحوها على رجل فمات لانه مما يمكن الاحتراز عنه اذ سقوطه
اما لعدم شده عليها او لعدم احكامه وضمن ايضا قايد قطار وطي عاقلتهم
بعير منه رجلا فمات لان القايد عليه حفظ القطار كالسايق وقد
امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه الا ان ضمان النفس
على العاقلة وضمان المال في ماله كذا في الكافي ولو معه اي مع القايد
سايق في جانب الابل ضمنا ان لم يكن لهما عاقلة وان كان ضمن عاقلتهما
كان قايد الواحد قايد للكل وكذا سايقه لاتصال الازمة واما اذا لم
يكن في جانب الابل بل توسطها اي دخل بين الابل ولخذ زمام واحد منها وحده
ضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما عطب بما هو بين يديه لان القايد
لا يقود ما خلف السايق لانقطاع الزمام والسايق يسوق ما كان امامه
قتل بعير ربط على قطار يسير بغير علم قايده متعلق بربط رجلا
مفعول قتل ضمن عاقلة القايد الدية لانه قايد للكل فيكون قايدا
لذلك البعير والقود سبب لوجود الضمان ومع تحقق سبب الضمان لا

يسقط

٨١

وقف لله تعالى

يسقط الضمان بجعله ورجعوا اي العاقلة بها اي بالدية على عاقلة الرابط
لان الرابط هو الذي اوقعه في هذا الضمان حيث ربط بالقطار وهو
متعد فيما صنع فصار المتعد به هو الجاني فلو ربط والقطار واقف ضمنها ... اي الدية
عاقلة القائد بلا رجوع لانه قاد بعير غيره بلا اذنه لا صريحا ولا دلالة
فلا يرجعون بما لحقهم على احد غاية الامر انه متعد بالربط والايقاف
على الطريق لكنه زال بالقود قصدا وكما لو وضع حجرا او غيره وحوله غيره
كذا اذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان
لان القائد رضي به والتلف قد انصل بفعله فلا يرجع به ارسل كلبا او طيرا
وساقه اي خلفه معه وان لم يمش خلفه فما دام في فوره فهو سائق له في الحكم
فيلحق بالسوق وان تراخي انقطع السوق ذكره الزيلعي فاصاب الكلب في فوره ضمن في
ما اتلف لانه محمول عليه من جهته فاضيف فعله اليه كالمكره يضاف فعله
الى المكره فيما يصلح الة له لا اي لا يضمن في الطير اي في البازي والفرق ان
الكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمله فصار وجود السوق
وعدمه سواء ولا كلب لم يسقه لعدم سبب الضمان ولا دابة منفلتة فاصابت
نفسا او مالا ليلا او نهارا لقوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار اي هدر
وهي المنفلتة ولان الفعل لم يضف اليه اذا لم يوجد منه ما يوجب النسبة
اليه من الارسال والسوق ونحوها له كلب يأكل عنب الكروم فاشهد
عليه ولم يحفظ حتى اكل العنب لم يضمن وانما يضمن اذا اشهد عليه
اذا كان فيه تلف بني ادم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر الكلب العقور
فيضمن اذا لم يحفظ ضرب دابة عليها راكب او نخسها اي طعنها بعود سائق طعنها
ونحوه فنفحت او ضربت بيدها شخصا اخر غير الطاعن او نفرت من ضربه

او نخسه فقصد منه وقتلته ضمن هو اي الضارب والناخس لا الراكب لانه المروي
عن عمر وابن مسعود ولان الناخس متعد في التسبيب والراكب في فعله غير
متعد فترجح جانبه في التغريم في التعدي حتى لو كان موقفا دابته على الطريق
يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا
وان نفحت الناخس فاهلكته كان دمه هدرا لانه كالجاني على نفسه وان
القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه
ثم ان الناخس انما يضمن اذا كان الوطي في فور النخس حتى يكون السوق
مضافا اليه واذا لم يكن في فوره فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس
فبقي السوق مضافا الى الراكب وضمن في فقي عين شاة القصاب ما نقصها
لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر فيها النقصان الا بحسبه وضمن في عين
نحو جزار وجزوره اي البدنة والحمار والبغل والفرس ربع القيمة لما روي
انه صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا اقضى
عمر رضي الله عنه لان اقامة العمل بها انما يمكن باربع اعين عيناها وعينا
المستعمل لها فصارت كانها ذات اربع اعين فيجب الربع بفوات احدها

باب

جناية الرقيق والجناية عليه جنى عبد
عمدا ففي النفس يجب القود كما مر الا ان يصالح اي يقع الصلح بين الولي
والمولى او يعفى اي يقع العفو من المولى ولم يجر الاسترقاق لكونه مباح
الدم ويثبت العود باقراره اي العبد لا اقرار المولى لان هذا الاقرار من العبد
لا تهمة فيه لكونه عايدا عليه بالضرر فيقبل وهو مجري على اصل الحرية
باعتبار الادمية فيما يرجع الى الدم فلهذا لا يقبل اقرار المولى عليه بعمد
ولا قصاص وان كان هذا الاقرار يصادف حق المولى لكنه ضمني فلم يجب

مراعاته

٨٣

مراعاته وفيما عطف على في النفس دونها اي دون النفس كالخطا اي
تكون كالقتل الخطا في الحكم وبين الحكم بقوله دفعه سيده بها اي بمقابلة
الجناية وبملكه ولبها اي ولي الجناية او فداه بارشها يعني ان سيده مخير
بين دفع العبد والفدا بالارش وتخليص عبده لكن الواجب الاصلي هو
الدفع في الصحيح ولهذا سقط الواجب بموت العبد لفوات محل الواجب
بخلاف موت الحر الجاني حيث يجب الارش على عاقلته حالا اي كاينا كل من
الدفع والفدا على الحلول اما الدفع فلانه ولا تاجيل في الاعيان واما
الفدا فلانه بدل العين فيكون في حكمه وان لم يختر شيا حتى مات العبد
بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه كما مر وان مات بعد اختيار الفدا
لم يبرا التحويل الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى فان فداه فجنى فهي
كالاولى فانه اذا فدى خلص الجاني عن الاولى فصارت كان لم تكن فتجب
بالثانية الدفع او الفدا وان جنى جنايتين دفعه بهما الى وليهما يقتسما
بنسبة حقيهما اي على قدر ارش الجنايتين او فداه بارشهما لان تعلق
الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية كالديون المتلاحقة الا يرى ان
تعلق الجناية بحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع وان كانوا جماعة يقتسمون
العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم
لما ذكر ان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها وان وهبه اي
المولى العبد الجاني او باعه او اعتقه او دبره او استولدها اي الجارية
الجانية ولم يعلم بها اي الجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش وان علم
غرم الارش فان المولى قبل هذه التصرفات كان مخيرا بين الدفع والفدا
ولما لم يبق محلا للدفع بلا علم المولى بالجناية لم يصر مختارا للارش كما لو علق

حبس م

نه

بهما م

ان يكن للمولى لا يمتنع يتعلق

[illegible]

فقامت القيمة مقام العبد ولا فائدة في التخيير بين الاقل والاكثر فوجب الاقل بخلاف ما اذا علم فانه يصير مختارا للارش كما لو علق عتقه بقتل زيد او رميه او شجه ففعل اي قال ان قتلت زيدا فانت حر فقتله وقال ان رميت زيدا فانت حر فرمى او قال ان شججت راسه فانت حر فشج غرم الارش لانه يصير مختارا للفدا حيث اعتقه على تقدير وجود الجناية قطع عبد يد حر عمدا و دفع اليه بقضا او لا فاعتقه فسرى فمات منه فالعبد صلح بها فانه اذا اعتق دل اي قصده تصحيح الصلح اذ لا صحة له الا بان يكون صلحا عن الجناية وما يحدث منها وان لم يعتقه يرد على سيده لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الواجب ليس المال بل القود فكان الدفع باطلا فيرد العبد على سيده و يقتله الولي او يعفو اي يتخير المولى بين القتل والعفو لانه مباح الدم كما مر جنى مأذون مديون خطأ فاعتقه سيده بلا علم بها غرم لرب المال الاقل من قيمته ومن دينه ولوليها اي غرم لولي الجناية الاقل منها اي من القيمة ومن الارش فان السيد اذا اعتق المأذون المديون غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن الدين واذا اعتق العبد الجاني جناية خطأ غرم الاقل من قيمته ومن الارش فكذا عند الاجتماع لعدم التزاحم بينهما اذ لولا الاعتاق لدفع الى ولي الجناية ثم يباع للدين ولدت مأذونة مديونة ولدا لا يدفع معها الجناية وبياع لدينها لان الدين في ذمتها متعلق برقبتها فيسري الى الولد والدفع للجناية في ذمة المولي وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية تكون في الامور الشرعية لا الحقيقية عبد لرجل زعم رجل آخر ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفدا بل الارش وانما يستحق

فقتل على العبد المعتق وطالبه اي طالب ولي الجناية يغرمه خطأ فلا شي له لانه اي الزاعم لانه لا يدعي الا ان مولاه اعتقه

الدية على العاقلة لانه حر فيصدق الزاعم في حق نفسه فسقط الدفع والفدا
ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة قال قتلت اخا زيد قبل عتقي خطا
وقال زيد بل بعده صدق الاول لان زيدا يدعي عليه شيا لو اقر به لزم عليه
الضمان لان الثابت بالاقرار لا تحمله العاقلة فمراده بقوله قتلته قبل
عتقي ما قتلته بعده حذرا عن لزوم الضمان عليه لا معناه الظاهر ليتجه
لزوم الضمان على المولى بالاقل من قيمته ومن الدين ان لم يعلم بالجناية
والدية ان علم بها مع ان قوله ليس بحجة على المولى فان قال قطعت يدها
قبل اعتاقها وقالت كان بعده صدقت وكذا في اخذ ما معها اي امة اعتقها
ثم قال لها قطعت يدك او اخذت منك هذا المال قبل ما اعتقتك وقالت
بل بعده فالقول لها لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى البراءة وهي تنكر فالقول
للمنكر لا الجماع والغلة يعني اذا قال جامعتها قبل الاعتاق او اخذت الغلة
قبله فالقول له لان الظاهر كونها حال الرق امر عبد محجور او صبي صبيا
بقتل رجل قتله فالدية على عاقلة القاتل لان المباشر هو الصبي فيضمن
عاقلته ورجعوا على العبد بعد عتقه لانه اوقع الصبي في هذه الورطة
لكن قوله غير معتبر لحق المولى فيضمن بعد العتق لا على الصبي الامر لقصور
اهليته ولو كان مامور العبد المحجور عبدا محجورا مثله دفع السيد العبد
القاتل او فداه في الخطا بلا رجوع حالا لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر
فلا يواخذ به في الحال بل بعد عتقه لزوال المانع وهو حق المولى باقل من
قيمته ومن الفدا لانه مختار في دفع الزيادة لا مضطر كذا الحكم في العمد
اي دفع السيد القاتل او فداه ثم رجع على العبد الامر باقل من قيمته ومن
الفدا ان كان العبد القاتل صغيرا لان عمد الصغير كالخطا ولو كان كبيرا اقتص

لانه يجري بين الحر والعبد قتل عن عمد حرين لكل وليان فعفي احد ولي كل واحد
منهما دفع نصفه الي الاخرين او فدي بدية اي عشرة الاف درهم لان الرقبة
بحكم القود صارت بينهم لكل واحد ربعه فان عفي اثنان بطل حقهما ونفي حق
الاخرين في النصف فلذا قيل له ادفع نصفه واما الفدا فقد كان بعشرين
الفا فاذا عفي اثنان بطل حقهما فبقي حق كل من الباقين في خمسة الاف فلذا
فداه بعشرة الاف ان شا فان قتل الفن احدهما اي احد الحرين خطا والاخر
عمدا او عفي احد ولي العمد فدي بدية لولي الخطا ونصفها الاحد ولي العمد
الذي لم يعف لان نصف الحق ببطل العفو فبقي النصف وصار مالا ويكون
خمسة الاف درهم ولم يبطل شي من حق ولي الخطا وكان حقهما في كل الدية عشرة
الاف او دفع اي الفن اليهم يعني ان سيده كان مخيرا بين الفدا والدفع فان
دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد عولا عولا
عند ابي حنيفة فيضرب ولي الخطا بالكل وغير العافي بالنصف لان حقه
في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف سهما فصار حق كل ولي الخطا في
سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم بينهما اثلاثا وارباعا منازعة عندهما
ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لاحد ولي العمد لان النصف سلم لولي الخطا
منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فينصف فلهذا ينقسم
ارباعا قتل عبدهما قريبهما وعفي احدهما بطل كله لان ما يجب من المال في
حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا انقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه
ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولي لا يستوجب علي عبده
دينا فلا يخلفه الورثة فيه فصل دية عبد او امة قيمته فان
بلغت اي قيمته دية الحر وهو عشرة الاف درهم والحرة وهي خمسة الاف درهم

نقص من كل منهما عشرة اي عشرة دراهم اشعارا بانحطاط درجة الرقيق
عن الحر وتعيين المنقص باثر عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما ولو
كانت القيمة اكثر من عشرة الاف من الدراهم في العبد ومن خمسة الاف في الامة
وعند ابي يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تعتبر
قيمته اي قيمة كل منهما بالغة ما بلغت فلو غصب عبدا قيمته مائة دينار
وهلك في يده تلزمه تلك القيمة وما قدر من دية الحر قدر من قيمة القن
لان القيمة في القن كالدية في الحر لانه بدل الدم ففي يده اي اتلاف يد القن
يلزم نصف قيمته كما في دية الحر بالغة ما بلغت في الصحيح الاول رواية عن محمد
انه تجب في قطع يد العبد خمسة الاف درهم عبد قطع يده عمدا فاعتق
فسرى ان قيد ان ورثة سيده فقط اي ان كان وارث المعتق سيده فقط
اقاد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا لان القود تجب بالموت مستندا
الي وقت الجرح فان اعتبر وقت الجرح فسبب لولاية الملك وان اعتبر وقت
الموت فسببها الوراثة بالولا فجهالة سبب الاستحقاق تمنع القود كجهالة
المستحق ولهما ان جهالة السبب لا تعتبر عند تيقن من له الحق والا فلا اي
وان لم يكن الوارث السيد فقط بل له وارث غيره لم يقد بالاتفاق لان
المعتبر ان كان وقت الجرح فالمستحق السيد وان كان وقت الموت فذلك
الوارث او هو مع السيد فجهالة المقتضي تمنع الحكم قال المولى لعبديه احدكما
حر فشجا اي صارا مشجوجين فعين المولى واحدا للحرية بان قال اردت
هذا فارشهما له اي للمولى وان قتلهما رجل وجب دية حر وقيمة عبد والفرق
ان البيان انشاء في حق المحل اظهار في حق المولى ولهذا اذا مات المولى قبل البيان
يشيع العتق بينهما وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد

الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا واحدها حر بيقين فتجب قيمة
عبد ودية حر ولو قتل كلا منهما رجل فقيمة العبدين لان القاتل تيقن بقتل كل واحد
حرا وكل من القاتلين ينكر ذلك فعليهما قيمتهما وفي فقي عين عبد دفعه سيده
واخذ قيمته او امسكه بلا اخذ النقصان يعني اذا فقا رجل عيني عبد فان شاء
مولاه دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء امسكه ولم ياخذ النقصان وقالا
يخير بين الدفع والامساك مع اخذ النقصان لان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يخير المولى على الوجه المذكور كما في ساير الاموال فان من
خرق ثوب غيره خرقا فاحشا يخير المالك بين دفعه اليه وتضمينه قيمته وبين
امساك الثوب وتضمين النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة في الذات
فالادمية غير مهدرة فيها وفي الاطراف ايضا ولهذا لو قطع عبد يد
عبد يومر المولى بالدفع او الفدا ولو كان ولو كان مالا محضا لوجب ان
يباع فيها ومن احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الاجزا ولا يتملك الجثة
ومن احكام المالية ان تنقسم وتتملك فوفرنا على الشبهين حظها من الحكم

فصل اقر مدبر او ام ولد لم يذكر المكاتب انه علم منهما او لو
بعد العتق لان موجب الجناية الخطا منه على سيده واقراره لا ينفذ عليه
وبعد اثباتها بالبينة ضمن مولاه الاقل من الارش والقيمة لما روي ان ابا عبيدة
ابن الجراح رضي الله تعالى عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام
بحضر من الصحابة رضي الله عنهم فصار اجماعا ولانه بالتدبير او الاستيلاد
صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية ولم يصر به مختارا للدية لانه غير
عالم بانه يجني فصار كما لو فعله بعد الجناية غير عالم بها وانما وجب الاقل
من قيمته ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر الدفع

بسبب

اقرار المدبر لا يسري عليه ولا على سيده لا حالا ولا مالا انتهى
علمية

[margin, left, vertical:] ...علي واحد ... جناية خطا ... لا يشبه ... [illegible]

بسبب من المولى فيجب القيمة عليه لمنعه منه ولامنع من المولى في اكثر من القيمة
ولاحق لولي الجناية في اكثر من الارش ولايتخير الخيار بين الاقل والاكثر في محل
الجنس بخلاف القن حيث خير بين الدفع والفدا وحقهما مختلف وان جني
المدبر جنايات لم يلزم الا قيمة واحدة بمقابلة عين واحدة فيشارك ولي الجناية
الثانية ولي الاولى في قيمة دفعت اليه اي ولي الجناية الاولى بقضا ولا يطلب
من المولى شيا لانه مجبور في الدفع ويتبع مولاه او ولي الاولى لو دفعت اليه
بدونه اي بدون القضا لانه لم يكن مجبورا في الدفع حيني مدبر خطا
فمات لم تسقط القيمة عن مولاه لانها تثبت عليه بسبب تدبيره وبالموت
لا يسقط ذلك قتل المدبر مولاه خطا يسعى في قيمته لان التدبير وصية
برقبته وقد سلمت له لانه عتق بموت سيده ولا وصية للقاتل فوجب عليه
رد رقبته وقد عجز عنه فعليه رد بدلها وهي القيمة ولو قتل عمدا قتله
الوارث او استسعاه قيمته ثم قتل اما الاول فظاهر واما الثاني فلما ذكر
من ان التدبير وصية الحر غصب عبدا فقطع سيده يده فسرى ضمن
قيمته اقطع وان قطعه سيده في يد غاصبه فسرى عنده لم يضمن لان
الغصب يوجب ضمان ما غصب يوجب ضمان ما غصب ويبرا الغاصب بالاسترداد
المغصوب والاستيلا عليه ففي المسالة الاولى لما قطعه المولى في يده نقصت
قيمته بالقطع فوجب على الغاصب قيمته اقطع وفي الثانية لما قطع المولى
يد عبده في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلا يده عليه ويبرا الغاصب
من ضمانه لوصول ملكه اليه وضمن عبد محجور غصب مثله فمات بيده فان
المحجور يواخذ بافعاله حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه دون اقواله
حتى لو اقر به لا يباع بل يواخذ به بعد عتقه جني مدبر عند غاصبه ثم عنده

مولاه ضمن قيمته لهما يعني اذا غصب رجل مدبرا فجني عنده ثم رده الي مولاه
فجني عنده اخري ضمن المولي لولي الجنايتين قيمته فتكون بينهما نصفين لان
موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فتجب علي المولي لانه عجز
نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير ان يصير مختارا للفدا كما في القن
اذا اعتقه بعد الجنايات من غير ان يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين
لاستوائهما في السبب ورجع بنصفها اي رجع المولي بنصف ما ضمن من قيمة
المدبر علي الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند
الغاصب والنصف الاخر بسبب كان عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من تسبب م
جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان ردا المستحق كان
عند الغاصب كلا رد ودفعه الي الاول اي دفع المولي نصف القيمة الذي
اخذه من الغاصب الي ولي الجناية الاولي عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يدفعه اليه لان الذي رجع به المولي علي الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية
الاولي لانه انما رجع علي الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه لئلا يجتمع بدلان
في ملك واحد ولهما ان حق الاول في جميع مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من
بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه منه لينتهي حقه وبعكسه يعني لو جني
عند المولي خطا ثم غصبه رجل فجني عنده لا يرجع المولي لان الجناية الاولي
كانت في يده والقن في الفصلين يعني اذا جني عند غاصبه ثم عند مولاه
او بالعكس كالمدبر لكن الفرق بينهما ان المولي يدفع القن نفسه وقيمة
المدبر فاذا دفع القن يرجع بنصف قيمته علي الغاصب ويسلم للمالك
عند محمد وعندهما لا يسلم له بل يدفعه الي الاول واذا دفعه اليه يرجع
في الفصل الاول علي الغاصب وفي الثاني لا مدبر غصب مرتين فجني في كل

مرة

مرة بعني رجل غصب مدبرا فجني عنده ثم رده على مولاه ثم غصبه فجني عنده
جناية اخرى ضمن مولاه قيمته لهما اي لولي الجنايتين لانه منع عين العبد عن
الدفع بالتدبير فوجب عليه قيمته كما مر ورجع بها اي بتلك القيمة على الغاصب
لان الجنايتين كانتا في يده فاستحقه المولى كله بسبب كان في يد الغاصب
فيرجع عليه بالكل بخلاف المسئلة السابقة فان هناك استحق النصف بسبب
كان عنده والنصف بسبب كان في يد الغاصب ودفع الى المولى نصفها اي
نصف القيمة الماخوذة من الغاصب ثانيا الى الاول اي الى ولي الجناية الاولى
لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة
من بعد ورجع اي المولى به اي بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي الجناية الاولى
على الغاصب لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب
فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لانه استوفى
حقه ولا الى ولي الثانية ان لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل
ذلك اليه وام الولد في كلها اي كل الاحكام المذكورة كالمدبر لاشتراكهما في كون المانع
من الدفع للجناية من قبل المولى غصب صبيا حرا فمات عنده فجأة لم يضمن ولو
مات بصاعقة او بنهش حية ضمن عاقلته الدية هذا استحسان والقياس
ان لا يضمن في الوجهين كما قال زفر والشافعي لعدم تحقق الغصب الا ترى
انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة
فالحر يدا ورقبة اولى ان لا يضمن بوجه الاستحسان انه ليس بضمان الغصب
بل ضمان الاتلاف بالتسبب لنقله الى مكان الصواعق والحيات حتى لو نقله
الى موضع يغلب فيه الحمى ضمن كذا في الكافي كما في صبي اودع عبدا فقتله
اي اذا اودع مولى العبد عبده الى صبيا فقتله ضمن عاقلة الصبي قيمته ان اتلف

[illegible] العبارة الزيلعي

او محرم

المراد بالصبي الصبي الذي لا يعبر عن نفسه ام

في الحرم

المراد بالصبي هنا المميز وغير المميز لا يضمن شيئا هو ولا عاقلته

مالا بايداع لا يضمن عند ابي حنيفة و محمد و يضمن عند ابي يوسف والشافعي
لانه اتلف مالا معصوما ولهما ان غير العبد معصوم لحق السيد وقد فوته
بدفعه الى يد الصبي واما العبد فعصمته لحقه لبقايه على اصل الحرية في حق
الدم ويدونه يضمن لما مر انه مواخذ بافعاله **باب**
القسامة في اللغة هي ايمان تقسم على اهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم
قوله ميت به جرح مبتدا خبره الاتي حلف له او اثر ضرب او خنق بكسر النون
او خروج دم من اذنه او عينه وجد في محلة او اكثره عطف على ضمير وجد وجاز
للفصل اي اكثر البدن سواء كان معه راس اولا او نصفه مع راسه لا يعلم قاتله
اذ لو علم كان هو الخصم وسقط القسامة وادعى وليه القتل على اهلها اي كلهم
او على بعضهم عمدا او خطا ولا بينة له حلف له اي لاجل ذلك الميت خمسون
رجلا اي من اهل المحلة لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه
عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرايل فانزل الله تعالى
على موسى امرا فان كنت نبيا فاسال الله مثل ذلك فكتب صلى الله عليه وسلم
اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه
ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس او الوحي
يختارهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر
انه يختار من يتهم بالقتل وهم الفسقة والشبان او صالحي اهل المحلة لان
تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل منهم قايلا كل بالله ما قتلت
ولا علمت قاتلا لا الولي اي لا يحلف ولي المقتول بانهم قتلوه وقال الشافعي
اذا كان هناك لوثا استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضي بالدية

على

لقول
علي المدعي عليه عمدا كانت الدعوي او خطا في قول وفي قول نقضي بالصوو
اذا كانت الدعوى في العمد وان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعي عليهم
فان حلفوا تركوا ولا شي عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية
في قول واللوث الذي ذكره قرينة حالية توقع في القلب صدق المدعي بان
يكون هناك علامة القتل علي واحد بعينه كالدم وظاهر يشهد للمدعي
من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة
قتلوه وان لم يشهد له الظاهر حلف اهل المحله للشافعي في البداية بيمين
الولي قوله صلي الله عليه وسلم للاوليا فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين
حجة لمن شهد له الظاهر كما في ساير الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعي عليه
لان الاصل في الذمم البراة والظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث وقرب
العهد فيكون اليمين حجة له ولكن في هذه الحجة نوع شبهة القصاص
عقوبة تسقط بها فلهذا اوجب الدية في الجديد ولنا قوله صلي الله عليه
وسلم البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه و روي ابن المسيب رضي
الله تعالي عنه انه صلي الله عليه وسلم بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين ليست بحجة لاستحقاق
فليس فكيف تكون حجة لاستحقاق نفس واليمين عندنا ليظهر القتل
بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا فيجب القصاص وان حلفوا
حصل البراة عن القصاص ثم نقضي علي اهلها اي علي اهل المحلة بالدية
لوجود القتيل بينهم وقد ثبت انه صلي الله عليه وسلم جمع بين الدية
والقسامة وكذا عمر رضي الله عنه وان ادعي ولي القتيل علي واحد من
غيرهم تسقط القسامة عنهم يعني اذا ادعي ولي القتيل القتل علي رجل من غير

اهل المحلة كان ذلك ابراءً منه لاهل المحلة حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك
عليهم وان منهم فلا اي ادعى على واحد منهم بعينه لا تبطل القسامة والدية
على اهلها وعن ابي حنيفة في رواية يكون ذلك ابراءً منه لاهل المحلة
كذا في الحاشية وان لم يوجد اي الخمسون فيها اي المحلة كرر الحلف عليهم
الى ان يتم خمسون ومن نكل منهم حبس حتى يحلف لان الحلف فيه واجب تعظيما
لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان الحلف
فيها بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وهنا لا يسقط ببذل
الدية ويستحلف من قال قتله زيد بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير
زيد لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكر
لانه لما اقر بالقتل صار مستثنى من اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه
ولا قسامة على صبي ومجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح لما عرفت
واليمين قول وامراة وعبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على
اهلها ولا قسامة ولا دية على احد في حق ميت لا اثر به او خرج دم من فمه
او انفه او دبره او ذكره لانه ليس بقتيل اذ لا بد من اثر يستدل به على كونه
قتيلا وهو ما ذكر في اول الباب بخلاف ما ذكر هاهنا لان الدم يخرج من
هذه المواضع عادة بلا فعل احد وما تم خلقه كالكبير اي اذا وجد
سقط تام الخلق به اثر من الاثار المذكورة فهو كالكبير في الاحكام
المذكورة لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا رجل يسوق دابة عليها
قتيل ضمن عاقلته اي عاقلة الرجل ديته اي دية القتيل لا اهل المحلة
لانه في يده فصار كانه في داره كذا لو قادها او ركبها فان اجتمعوا
اي القائد والسائق والراكب ضمنوا لانه في ايديهم ذكره الزيلعي ولو بين

قريتين

او قبيلتين على قريتين لان قتيلا وجد بين قريتين

٩٥

قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه فامر ان يمسح بينهما فوجد الى احد القريتين اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية. وروى عن عمر رضي الله عنه مثله وان استويا اي القريتان او القبيلتان فعليهما ان كان اي القتيل في موضع يسمع منه الصوت لاهل قرية في الصورة الاولى واهل قريتين في الصورة الثانية لانه اذا كان بحيث يبلغ الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وان كان في موضع لا يسمع الصوت لا يلزمهم نصرته فلا ينسبون الى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديرا وجد قتيل في دار رجل فعليه القسامة وتدي عاقلته اذا ثبت انها له بالحجة لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك والدية على عاقلته لان نصرته وقوته بهم وهذا اذا كان له عاقلة والا فعليه كما مر مرارا لا بمجرد اليد حتى لو كان به لا تدي عاقلته ولا نفسه فلو وجد قتيلا في دار نفسه تدي عاقلته ورثته هذا عند ابي حنيفة لان الدار حال ظهور القتل لورثته فالدية على عاقلتهم وعندهما وعند زفر لا شيء فيه وبه يفتى لما قالوا ان الدار في يده حال ظهور القتل فيجعل كانه قتل نفسه فكان هدرا وان كانت هذه الدار للورثة فالعاقلة انما يحملون ما يجب عليهم تخفيفا لهم ولا يمكن الايجاب على الورثة للورثة القسامة على اهل الخطة اي على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خطة لتتميز انصباؤهم لا مع السكان اي لا يدخل السكان يعني المستاجرين والمستعيرين مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية

وقد قصروا

على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة
لا السكان واهل خيبر مقرون على املاكهم ولا المشترين عندهما ايضا
وقال ابو يوسف كلهم مشتركون لان وجوب الضمان يتضمن الحفظ ممن يتركهم
له ولاية الحفظ وهي بالملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة الخطة
هو المختص بتدبير المحلة وهي تنسب اليه لا الى المشترين وقلما يزاحمه
المشتري في التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة
والدية لا المشتري وقيل انما اجاب ابو حنيفة بهذا بناء على انه شاهد
من عادة اهل الكوفة في زمانه ان صاحب الخطة في كل محلة يقومون
المحلة بتدبير املاكهم ولا يشاركهم المشترون في ذلك فان باع كلهم يعني
ان لم يبق واحد من اهل الخطة فكذلك الحكم لان المشترين اتباع لاهل
الخطة فما بقي شيء من الاصل يكون الحكم له دون التبع وان لم يبق بل
باع كلهم فعلى المشترين اتفاقا لزوال من يتقدم عليهم عندهما او يزاحم
عنده فانتقلت عندهما اليهم وخلصت عنده لهم وجد قتيل في
دار مشتركة بين قوم لبعضهم الاكثر بان كان نصفها لرجل مثلا وعشرها
لرجل وباقيها لآخر فهي على الروس ولا يعتبر قدر الانصباء لاستواء
صاحب القليل والكثير في الحفظ والتقصير وان بيعت دارا ولم
تقبض حتى وجد فيها قتيل فعلى اي الدية على عاقلة البائع وفي البيع
بخيار فعلى عاقلة ذي اليد عند ابي حنيفة وعندهما ان لم يكن فيه خيار
فعلى عاقلة المشتري وان كان فعلى عاقلة من تصير له الدار سواء كان
الخيار للبائع او للمشتري فانه يعتبر اليد وهما الملك وان وجد القتيل الفلك والدية
في السفينة فالقسامة على من فيه من الركاب والملاحين والمالك

وغيره

٩٧

وغيره فيه سوا وكذا المحلة وفي مسجد محلة او شارعها اي شارع المحلة احترازعن الشارع الاعظم كما سياتي علي اهلها لانهم احق الناس بالتدبير فيه وفي سوق مملوك علي المالك وفي غيره اي غير المملوك والشارع الاعظم والسجن والجامع لاقامة لان المقصود فيها نفي تهمة القتل وذا لا يتحقق في حق العامة والدية علي بيت المال لان الغرم بالغنم اعلم ان الطريق ينقسم ابتدا الي قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج كما ذكروا في بحث الزايغة المستطيلة والاخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمي هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه الكثير الاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال في المتن وفي مسجد محلة علي اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور اهلها جميع الطوايف فيه علي السوية كالطرق الواسعة والاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال في الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتي تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام وفي قوم التقوا بالسيف واجلوا عن قتيل اي تفرقوا فظهر في موضع اجتماعهم قتيل علي اهل المحلة لان حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم ولم يعرف من باشره جعل القسامة والدية الا ان يدعي الولي علي القوم او علي بعض منهم فلم يكن علي اهل المحلة شي لان الدعوى تضمنت براتهم عن القسامة والدية ولا علي القوم حتي يقيموا البينة اي بمجرد الدعوي لا يثبت الحق لكن سقط الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة علي نفسه وحده

قتيل في برية لاعمارة بقربها معني القرب على ما سبق سماع الصوت او في
نهر كبير وهو ما ليس في يد احد ولا ملكه كالفراة مثلا بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة
والدية عليهم فقول الوقاية او ما يمر به ليس على اطلاقه فهدر لانه اذا كان
بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير ولو كان القتيل
محتبسا بالشاطئ فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع على التفسير المذكور
للقرب ولو في ارض او دار موقوفتين على ارباب معلومة فعليهم
لانهم احق الناس بالتدبير فيها ولو كانت موقوفة على مسجد فكالمسجد
اي كان كما لو وجد في المسجد وقد مر ولو وجد في معسكر في فلاة غير مملوكة
ففي الخيمة والفسطاط على ساكنيها وفي خارجها ان كانوا اي ساكنوها لخارجها
قبايل فعلى قبيلة وجد القتيل فيها ولو بين القبيلتين كان كما مر بين القريتين
وقد مر بيانه وان نزلوا جملة مختلطين فعلى اهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا
جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة منسوبة اليهم فتجب غرامة ما
وجد في خارج الخيام عليهم ولو كانت الارض التي نزل فيها العسكر مملوكة
فعلى المالك القسامة والدية بالاجماع لانهم سكان ولا يزاحمون المالك
في القسامة والدية جرح في حي فنقل الى اهله فبقي ذا فراش فمات فالقسامة
والدية على الحي خلافا لابي يوسف لان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا
ولهذا اوجب القصاص بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش رجل معه جريح
به رمق فحمله اخر الى اهله فمكث زمانا فمات لم يضمن الحامل في قول ابي يوسف
ومحمد وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده
جريحا فيها رجلان في بيت بلا ثالث وجد احدهما قتيلا ضمن الاخر ديته

٩٩

وقف لله تعالى

عند ابي يوسف خلافا لمحمد فانه لا يضمن عند ابي حنيفة لاحتمال انه قتل نفسه
ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه وقتيل في قرية امراة كرر الحلف
عليها وتدي عاقلتها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف القسامة ايضا
على العاقلة لانها اهل النصرة والمراة ليست منها فاشبهت الصبي ولهما
ان القسامة لنفي التهمة والتهمة من المراة متحققة تبطل شهادة اهل المحلة
بقتل غيرهم يعني اذا ادعى الولي على غير اهل المحلة وشهد شاهدان
من اهلها لم يقبل عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بصدد ان يصيروا
خصما وقد بطل بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل
بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولو انهم خصما بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصي اذا
خرج من الوصاية ثم شهد او على واحد منهم اي بطلت شهادتهم على واحد
منهم بعد ما ادعى ولي القتيل عليه بعينه لان الخصومة قائمة على الكل لا
يدفعها عن نفسه فيكون منهما

كتاب المعاقل

جمع معقلة بضم القاف وفتح الميم بمعنى العقل اي الدية سميت به لانها
تعقل الدماء من ان تسفك ومنه العقل لانه يمنع القبائح العاقلة هم الذين
تقسم عليهم دية القتيل خطأ اهل الديوان لمن هو منهم يؤخذ من عطاياهم
في ثلاث سنين من وقت القضاء وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم في
الديوان هذا عندنا وعند الشافعي على العشيرة لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم حكم عليهم ولا نسخ بعده ولانها صلة فالاقارب اولى بها كالا دث
والنفقات ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل
الدية على اهل الديوان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم

بعد ما قبلها
مع ما ذكرتم

كتاب المعاقل

فكان اجماعا وليس ذلك بنسخ بل تقرير معني لان العقل كان علي اهل النصرة وقد كانت بانواع كالولا والحلف والعد وهو ان يعد رجلا من قبيلة وفي عهد عمر رضي الله عنه صار بالديوان فجعلها علي اهله اتباعا للمعني ولهذا لو كان قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا يتناصرون بالحلف فاهله والدية صلة كما قال الشافعي لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطا اولي من ايجابها في اصول اموالهم لانها اخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلي الله عليه وسلم كذا ما يجب من مال العاقل من الدية يعني يوخذ في ثلاث سنين عندنا. ويجب حالا عند الشافعي وستاتي امثلته ان شا الله تعالي وان خرجت اي العطايا الاكثر منها اي من ثلاث سنين او اقل منها يوخذ منها اي الاكثر او الاقل ولحي عطف علي اهل الديوان اي العاقلة القبيلة لمن ليس منهم اي من اهل الديوان . وقع في عبارة الوقاية هكذا وحيه لمن ليس منهم وكانوا سهوا من الناسخ لان ضمير حيه لمن ولا وجه لارجاعه اليه فالصواب والحي لمن ليس منهم يوخذ من كل اي كل واحد من احاد العاقلة في مجموع ثلاث سنين ثلاثة دراهم او اربعة فقط بحيث يوخذ من كل واحد منهم في كل سنة درهم ليكون الماخوذ في ثلاث سنين ثلاث اربعة دراهم وان لم يتسع الحي ضم اليه اقرب الاحيا نسبا الاقرب فالاقرب كما في العصبات واما الابا والابنا فاختلف في دخولهم والقاتل كاحدهم . لانه الجاني فلا معني لاخراجه وفيه خلاف الشافعي والعاقلة للمعتق حي مولاه لان نصرته بهم يويده قوله صلي الله عليه وسلم مولي القوم منهم ولمولي الموالاة مولاه اي الذي عاقده وحيه اي قبيلة مولاه لان العرب

بتناصرون

الظاهر الماخوذ في ثلاث سنين ثلاثة دراهم

يتناصرون بهم فاشبه مولى العتاقة وتحمل العاقلة ما يجب بنفس القتل
الاصل في ايجاب الدية على العاقلة بالخطا وشبه العمد قوله صلى الله
عليه وسلم لاولياء الضاربة قوموا افدوه قاله حين ضربت امراة
بطن امراة فالقت جنينا فرفعوا الامر اليه صلى الله عليه وسلم ولان
الخاطي معذور وكذا المباشر شبه العمد لان الالة للتاديب لا القتل
وللنفس احترام لا يجوز اهدارها ولا وجه لايجاب القود عليه وفي ايجاب
مال عظيم استيصال له فضم اليه العاقلة لانه انما قصر بقوة منه
وهي بانصاره وهم العاقلة فكانوا مقصرين في ترك مراقبته فخصوا
به وقدر ارش موضحة فصاعدا الامر في فصل الشجاج ان الواجب في
الموضحة فصاعدا الدية وهي على العاقلة لا اي لا تحمل العاقلة ما يجب
بصلح او اقرار لم تصدقه العاقلة او عمد سقط قوده بشبهة او قتل ابنه
عمدا ولا جناية عبد او عمد او ما دون ارش الموضحة لما روي انه صلى
الله عليه وسلم قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما دون ارش الموضحة ولان التحمل للتحرز عن الاستيصال ولا ا ستيصال
في القليل والتقدير الحاصل عرف بالسمع وما نقص عنه لا تحمله العاقلة
بل الجاني ولو صدق العاقلة الجاني لزمتهم الدية لانها ثبتت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم فتجب عليهم ومن ليس له ديوان
ولا حي فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وعليه الفتوى كذا في
الخلاصة وقال عصام روى محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه
تجب في مال الجاني ولا تجب في بيت المال بالاجماع كذا في الخلاصة ولا
عاقلة للعجم في الخلاصة لو كان الرجل من العجم عن شمس الائمة الحلواني اختلفوا فيه

قال بعضهم لا عاقلة لاهل العجم وهو اختيار الفقيه ابي جعفر وبه
كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني **باب
الابق** لا تخفى مناسبة بكتاب الجنايات وتوابعها وهو مملوك
فر من قصدا ندب اخذه لقادر لان فيه احيا ماليته وللمال الحرمة
كالنفس واعانة لمولاه واختلف في الضال قيل اخذه افضل احيا له
لاحتمال الضياع وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه وان
عرف الرجل بيت مولاه فالاولى ان يوصله اليه فياتي اي الاخذ به اي بالابق
الي القاضي فيحبسه تعزيرا له ولانه لا يومن من الاباق ثانيا ولهذا لا يوجر
وان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا علي مالكه
فياخذه منه اذا جا او من ثمنه اذا باعه ولا يحبس الضال لانه لا يستحق
التعزير ولا يابق وان كان له منفعة اجره وانفق عليه من اجرته الي
مجي مولاه فاذا جا واقام البينة انه له قيل علي القاضي وقيل علي من ينصبه
القاضي لحفظ الاوابق ونحوها تحليفه اي القاضي ومن ينصبه المولى بالله
ما اخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه ويدفعه اليه قيل يدفعه بالكفيل
لزيادة الاحتياط وقيل لا لكون الدفع بعد الاثبات وان لم يقمها عطف
علي اقامة البينة واقر اي العبد انه عبده او وصف المولى علامته وحليته
دفعه القاضي اليه بالكفيل وان انكر المولى اباقه مخافة اخذ الجعل منه
يحلف بالله ما ابق ويدفع اليه فان طال مجيه اي مجي المولى باعه القاضي
وان علم مكانه لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة وامسك ثمنه وانفق
عليه اي الابق منه اي الثمن ودفع الباقي اليه اي الى المولى ان اثبت انه له بالبينة
اي المولى او بين الحلية والعلامة وليس له اي للمولى فسخه اي فسخ بيع القاضي

مالكه م
عليه صح

واخذ ما انفق عليه صح

لان

لان بيعه بامر الشرع كحكمه لا ينقض وان زعم المولى انه كان كاتبه او دبره

لم يصدق على نقض البيع كذا في فتاوى المسعودي ولموصله خبر لقوله الا تي

الابق اليه اربعون درهما اليه اي يراد مولاه سواكان الابق عبدا محجورا او ماذونا

او مدبرا او ام ولد لانهم مملوكون فيحصل به احيا المالية من هذا الوجه

بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه لانه غير مملوك يدا كما سياتي من مدة

سفر او اكثر متعلق بالموصل اربعون درهما وان لم يعد لها اي وان كانت

قيمته اقل منه ان اشهد انه اخذه للرد وان لم يشهد فلا شي له كما سيا تي

ولموصله من اقل منها اي مدة السفر بقسطه اي بحسابه لان العوض يوزع

على المعوض ضرورة المقابلة وفي الاخرين اي المدبر وام الولد اذا مات

المولى قبل وصولها اليه فلا جعل له لان ام الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل

في الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث وان لم يخرج فكذا عندهما لانه حر مديون

اذ الاعتاق لا يتجزى عندهما وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب كما سياتي

وابق منه لم يضمن لانه امانة او لم يبعد والا اي وان لم يشهد ضمن لانه غا صب

ولا شي له في الوجهين اما في الاول فلانه لم يرده الى مولاه واما في الثاني فلانه

بترك الاشهاد صار غاصبا هذا عندهما واما عند ابي يوسف فلا يضمن

ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط فيه وفي اللقطة ولا جعل

برد المكاتب لانه ليس بمملوك يدا او على المرتهن جعل الرهن لان وجوب الجعل

للراد باحيا مالية العبد ومالية حق المرتهن اذ موجب الرهن ثبوت يد

الاستيفا للمرتهن من المالية فكان الراد عاملا له فيجب الجعل عليه وان رد بعد

موت الراهن اذ الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين

او اقل منه وفي الاكثر قدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون

قال اشهده اي صاحب اخذه الابق بانه اخذه ليرده الى مولاه مح

فيه فصار كثمن الدوا والتخليص عن الجناية بالفدا فانه على المرتهن بالقدر
المضمون فيه وان كان مديونا فعلى اي الجعل على المولى ان اختار القضا اي قضا
ما على العبد من الدين وان ابى عن القضا بيع العبد فبدا بالجعل اي اخذ صاحب
الجعل جعله اولا والباقي للغرما لانه مونة الملك فيجب على من بمنزلة المالك
وان كان العبد جانيا فعلى المولى في الفدا اي الجعل على المولى ان اختار الفدا لانه
لخلصه عن الجناية باختياره الفدا وتبين ان الراد احيا ماليته والاوليا في
الدفع اي الجعل على الاوليا ان اختار المولى دفع العبد اليهم لانه احيا حقهم وان
كان العبد موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد
لان الملك للموهوب له عند الرد فزال بالرجوع بالتقصير منه وهو
وهو ترك التصرف فيه فلا يسقط عند الواجب بالرد وان كان الصبي ففي ماله
لان مونة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لان رده بيده واجب عليه فلا يستحق
الاجر به ابق بعد البيع وقبل القبض خير المشتري اي فالمشتري مخير بين
ان شا صبر حتى يرجع الابق والا رفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد بحكم عجز
البايع عن التسليم ذكره في الكافي في باب التصرف في الرهن والله اعلم

كتاب المفقود

هو لغة من فقدت
الشي غاب عني فانا فاقد وهو مفقود واصطلاح غايب لم يدر اثره في
اي موضع هو ولم يسمع خبره احي هو او ميت حي في حق نفسه بالاستصحاب
ميت فلا نكاح لعرسه لكونه مخالفا لقوله تعالى والذين يتوفون منكم
الاية ولا يقسم ماله قبل ان يعرف حاله لان ظاهر حاله الحياة والقسمة
بعد الممات ولا تنفسخ اجارته لانها لا تنفسخ قبل الموت ويقيم القاضي من
يقبض حقه الغايب في ذمم الناس ويحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده

١٠٥

قـاد لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه كالصبي والمجنون والمفقود كذلك وفي نصب الحافظ والقايم عليه نظر له فانه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمايه لانه من باب الحفظ ويخاصم في كل دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد اخر لانه ليس بمالك ولا نايب عنه بل هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا اخلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فان ادعى احد على المفقود حقا من الحقوق لم يلتفت الى دعواه ولم يقبل منه بينة ولم يكن وكيل القاضي ولا احد من الورثة خصما وان راى القاضي سماع البينة وحكم بذلك لم ينفذ حكمه لان الاختلاف في نفس القضا ذكره الزيلعي وينفق على اقربايه بالولاد كولده وابويه وعرسه لما مر في باب النفقات الاصل ان كل من يستحق النفقة في مال المفقود بحال حضوره بلا قضا القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضا حينيذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضوره الا بالقضا لا ينفق عليه من ماله لان النفقة حينيذ تجب بالقضا والقضا على الغايب لا يجوز لا يفرق بينه وبينها اي بين المفقود وعرسه لقوله صلى الله عليه وسلم انها امراته حتى ياتي البيان ولو لا ربع سنين وعند مالك اذا مضى اربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت وميت عطف على حي في حق غيره فلا يرث من غيره ولا يستحق ما اوصى له اذا مات الموصي بل يوقف قسطه من مال مورثه وموصيه الى موت اقرانه في بلده اختلف في تقديره مدة حياته وظاهر الرواية ما ذكر هنا فان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات

ومحور مثل النساء وبقاؤه بعد كل اقرانه نادر وبنا الاحكام الشرعية على الظاهر
الغالب واعتبروا اقرانه في بلده لان التفحص عن حال الاقران في كل البلدان خارج
عن الامكان وقال الزيلعي المختار ان يفوض الى راي الامام لانه يختلف باختلاف
البلد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا
انقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة انه مات لاسيما اذا دخل مهلكة
ولم يكن سبب اختلاف الناس في مدته الا اختلاف ارائهم فيه فلا معنى لتقدير
المدة له فان ظهر قبله اي قبل موت اقرانه حيا فله ذلك المال الموقوف
وبعده اي بعد موت اقرانه يحكم بموته في حق ماله يوم تمت المدة الظرف
متعلق بماله اي يحكم بموته في حق ماله الذي في يده وتحت تصرفه حقيقة
او حكما يوم تمام المدة فتعتد عرسه لانه كانه الان مات للموت يعني اربعة
اشهر وعشرا ويقسم ماله بين من يرثه الان ولا يرث وارث مات قبل المدة
وفي مال الغير عطف على في ماله اي يحكم بموته في حق مال الغير من حين فقده
حتى لا يكون بعد ذلك الحين مالكا مال الغير لانه كانه ميتا والميت لا يملك
فالافيرد ما وقف له الى من يرث مورثه عند موته لانه المستحق لهذا
المال الموقوف الى الان وذلك لما تقرر في الاصول ان الاستصحاب وهو
ظاهر الحال حجة دافعة لا مثبتة فالمفقود قبل المدة حي فلا يرثه الوارث
الوارث الذي كان حيا وقت فقده ومات قبل الحكم بموته لان الظاهر
انه كان حيا فيصلح حجة لدفع ان يرثه الغير وفي مال الغير ميت لان الظاهر
لا يصلح للحجة لايجاب ارثه من الغير فيرد ما وقف للمفقود الى من يرث
مورثه يوم موته ليس للقاضي تزويج امة الغائب والمجنون وعبدهما
وله ان يكاتبهما ويبيعهما كذا في الفصول العمادية **باب**

اللقيط

اللقيط وهو لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعني مفعول ثم غلب
علي الصبي المنبوذ باعتبار ماله لانه علي عرض ان يلقط وشرعا مولود
طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من التهمة ندب رفعه ان لم يخف
هلاكه بان يوجد في الامصار لان فيه اظهار الشفقة علي الاطفال وهو من
افضل الاعمال ووجب ان خيف هلاكه بان يوجد في مفازة ونحوها من المهالك
كمن راي اعمي يقع في البير ونحوه يجب عليه حفظه عن الوقوع وهو فرض كفاية
لحصول المقصود بالبعض وهو حر الا بحجة رقه لان الاصل في بني ادم الحرية
لكونهم اولاد ادم وحوي ولان الاصل في دار الاسلام ايضا الحرية ثم انه حر
في جميع الاحكام حتي ان قاذفه يحد لا قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف
له اب نفقته وجنايته في بيت المال وارثه له لان الغرم بالغنم انفاق الملتقط
عليه تبرع لا يكون دينا عليه اي اللقيط وان امره اي الملتقط القاضي به اي
بالانفاق في الاصح الا ان يقول علي ان يكون [دينا] عليه فحينئذ يكون دينا علي اللقيط

[الا ان يقول القاضي لترجع عليه فانه يرجع عليه اذا وجد معه مال]

يرجع به الملتقط عليه لان للقاضي ولاية عليه وانما قال في الاصح لان مجرد
امر القاضي بالانفاق عليه يكفي في الرجوع علي اللقيط فيما ذكره الطحاوي
كما اذا قضى دينا علي رجل [شخص] بامره فانه يرجع عليه في الاصح لا يرجع الا اذا
صرح بما ذكر لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال
فان ادعي الملتقط الانفاق كما ذكر اي بقول القاضي علي ان يكون دينا عليه
فكذبه اي اللقيط الملتقط لا يرجع الا ببينة بخلاف الوصي اذا انفق علي الصغير
حيث يصدق في الانفاق المتعارف ولا يحتاج الي بينة الى الملتقط ان ينفق
عليه ويسال القاضي ان ياخذ منه فانه اي القاضي لا يقبله اي اللقيط الا ببينة
علي كونه لقيطا لانه متهم لاحتمال ان يكون ولده او بعض من تلزمه نفقته واحتمال

بهذه الحيلة ليدفع النفقة عن نفسه واذا اقامها قبلها القاضي بلا خصم
حاضر وبعدها اي بعد البينة الاول قبوله ان علم عجزه اي عجز الملتقط
فان اي بعد ما قبله ان وضعه اي القاضي عند اخر فطلبه الاول فهو اي
القاضي بخير بين الدفع وعدمه ممن اخذه ليعنه في الاخذ وان دفعه
اي اخذه الى اخر ليس له الاخذ منه لاسقاط حقه ونسبه يثبت ممن
ادعاه ولو كان المدعي رجلين فيكون ولدا لهما كما في الجارية المشتركة او
يثبت ممن يصف منهما اي الرجلين المدعيين علامة به فانه حينئذ
يكون للواصف دون الاخر او ذات زوج عطف على رجلين اي ولو
كان المدعي امراة ذات زوج فانه يكون ولدا لهما ان صدقها اي
زوجها او برهنت هي انه ولدها او كان المدعي امراتين فبرهنت
كل على انه ولدها فانه يكون ولدا لهما او عبدا اي لو كان المدعي
عبدا يثبت نسبه منه فيكون حرا لان في دار الاسلام الحرية او ذميا
يثبت نسبه منه فيكون حرا مسلما ان لم يكن في مقرهم اي مقر الذميين
بل في مصر من امصار المسلمين او قرية من قراهم او موضع فيه كفار
ومسلمون وذميا ان كان فيه اي مقر الذميين بان وجد في قرية من
قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة ما شد عليه من المال او على دابة
هو عليها له اي للقيط اعتبارا للظاهر صرفه اي للملتقط ذلك
المال اليه اي للقيط بامر القاضي لانه مال ضايع للقاضي ولاية صرف
مثله اليه وقيل بدونه لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق عليه
للملتقط قبض هبته اي ما وهب للقيط لانه نفع محض ونقله حيث
شا ذكره قاضي خان وتسليمه في حرفة لانه من تاديبه وحفظ حاله لا

لابو حفص

انكاحه
لا تعصيب

لانتفاء سبب الولاية من القرابة والملك والحكومة ولا تصرف في ماله
كالام فان ولاية التصرف لتثمير المال وهو يحصل بالرأي الكامل والشفقة
الوافرة والموجود في كل منهما احدهما ولا اجارته لانه لا يملك اتلاف منا فعه
فاشبه العم بخلاف الام فانها تملكها كما ذكر في كتاب الكراهية في الاصح
احترازا عما قيل تجوز اجارته لانه يرجع الى تاديبه والاول رواية الجامع
الصغير ولا ان تختنه فان فعل ذلك وهلك به ضمن كذا في الخانية

كتاب اللقطة

وهي مثل اللقيط في
المعنى لكن غلب استعمال اللقيط في الآدمي واللقطة في غيره ندب
رفعها لصاحبها لانه ان تركها ربما تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن
مالكها فيضيع ماله فكان رفعها وسيلة الى ايصال الحق الى المستحق ولهذا
يجب قالوا اذا خاف الضياع كما مر فان اشهد عليه بانه اخذه ليرده على
مالكه وعرف صاحبه في مكان وجدت فيه وفي الجامع بان ينادي اني وجدت
لقطة لا ادري مالكها فليات مالكها وليصفها لاردها عليه الى ان
علم ان صاحبها لا يطلبها او انها تفسد ان بقيت بعد هذا كالاطعمة
المعدة للاكل وبعض الثمار كانت امانة عنده حتى اذا هلكت بلا تعد لم يضمن
قلت او كثرت واخذت من الحل والحرم وعنداك فيجب تعريف لقطة الحرم
الى ان يجيء صاحبها فينتفع بها اي الرافع اي باللقطة لو فقيرا والا تصدق بها على
فقير ولو على اصله من الآباء والامهات الفقراء وفرعه من الاولاد واولادهم
الفقراء او عرسه الفقيرة فان جاء صاحبها اجازه اي التصدق وله اجرها اي
الثواب او اخذها من الفقير لو كانت قائمة والا ضمن صاحبها الآخذ او
الفقير بلا رجوع بينهما يعني ان ضمن الآخذ لا يرجع على الفقير وان ضمن الفقير

لا يرجع علي الاخذ وان لم يشهد عطف علي قوله فان اشهد فان اقر اي الملتقط
باخذها له نفسه ضمن وفاقا ان هلكت في يده لانه متعد وان تصادقا
اي الملتقط والصاحب علي اخذها لصاحبها لم يضمن وفاقا لان تصادقهما
حجة في حقهما وصار كالبينة وان اختلفا بان قال الملتقط اخذتها لك وقال
الصاحب اخذتها لك ضمن عند ابي حنيفة ومحمد الا عند ابي يوسف
بل القول له في انه اخذه للرد وان لم يجد من يشهده او وجد وترك خوفه
من اخذ الظالم ايجاقا لو لم يضمن ذكره الزيلعي كذا البهيمة في الاحكام
المذكورة وما انفق الملتقط عليها اي البهيمة بلا اذن القاضي تبرع وما اي
باذنه دين علي صاحبها فاذا حضر ياخذه منه الملتقط بحكم القاضي واجر
القاضي ماله وانفق عليها منه يومين او ثلاثة بقدر ما يقع عنده ان المالك
لو كان حيا لحضر لان فيه ابقا العين علي ملكه بلا الزام الدين عليه قال في الهداية
والكافي في هذا المقام وكذا يفعل بالابق ولم اجده في غيرهما بل وجدت في
المحيط والبدايع والخلاصة خلافه حيث قالوا لا يجوز اجارة الابق لاحتمال
ان يابق ولهذا تركته وما لا نفع له من البهايم كالشاة ونحوها اذن القاضي
بالانفاق عليها وشرط الرجوع علي صاحبها للامر انه الاصح ان كان الانفاق
هو الاصلح والا امر ابتدا ببيعها وحفظ ثمنها لان النفقة الدارة مستاصلة
وللمنفق حبسها اي منع البهيمة عن صاحبها لاخذ نفقتها لان بقاها الي
الان كان بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فان هلكت بعد حبسه سقطت
لانه في معني الرهن فيهلك بما حبسه به وقبله لا اي لا تعلق له به وانما ياخذ
حكم الرهن عند الحبس بين مدعيها علامتها حل الدفع لقوله
صلي الله عليه وسلم فان جا صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها له هذا

انه اي ينتفع بالدواب كالبغل والحمار والثور ع

لا كسترجع

الامر

الامر للاباحة لانه وجوب الدفع انما هو بالبينة عملا بالمشهور وهو قوله
صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ولا يجب بالاجمة
لما ذكرنا وعند الشافعي يجب بيان العلامة رجل مات في البادية جاز لرفيقه
بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه الى اهله كذا في الفصول العمادية حطب وجد
في الماء ان كان له قيمة فلقطة يراعى فيه حكمها والا فحلال لمن اخذه كسائر
المباحات الاصلية

كتاب الوقف

هو لغة بمعنى الحبس فان وقف الذي مصدره الوقف متعد معناه
ما ذكر ووقف الذي مصدره الوقوف لازم وشرعا حبس العين على ملك
الواقف والتصدق بالمنافع بمنزلة العارية خلافا لهما فانه عندهما حبس
العين على حكم ملك الله تعالى على وجه يعود نفعه الى العبد فيلزم ولا يباع
ولا يورث لهما ان عمر رضي الله عنه قال يا رسول الله اني استفدت مالا
وهو عندي نفيس فاتصدق به فقال صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها
لا تباع ولا توهب ولا تورث ولكن لتنفق ثمرته فنص على انه لازم وله
قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد
موت المالك عن القسمة بين ورثته فمن قال بانه لا يبقى على ملكه يلزمه
القول بالحبس عن فرايض الله تعالى وقيل الفتوى على قولهما كذا في
الكافي وفرع على قوله والتصدق بالمنافع بقوله فلم يصح في رواية يعني
اذا تضمن الوقف التصدق بالمنافع لم يجز لان المنفعة معدومة
والتصدق بالمعدوم لا يجوز وصح في الاصح يعني ان الاصح انه صحيح اجماعا
لان التصدق بالمنافع جائز عندهما ايضا كما جاز الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره وغلتها لكنه غير لازم عنده ايضا ولذا قال ولم يلزم

لبنا الملك كما في العادية والمراد باللزوم ان لا يجوز للواقف ابطاله في حياته
ولوارثه بعده فلو وقف علي الفقرا او بني بناية او حانوتا لبني السبيل او بني
رباطا او جعل ارضه مقبرة لا يزول ملك الواقف وفرع علي عدم اللزوم بقوله
وصح في حياته وارثه اي كونه موروثا بعد موته والرجوع عنه ولو في
مرض موته الا بالقضا استثنا من قوله لم يلزم اي لا يكون الوقف لازما
الا با لحد امور اربعة ذكر الاول بقوله بالقضا من قاض يري ذلك
مولي من قبل السلطان غير محكم بان كان قاضيا بتحكيم الخصمين اياه فانه
ان حكم لم ينفذ حتي جاز للمولي ان ينقضه كما تقرر في موضعه وطريق
القضا ان يسلم الواقف ما وقف الى المتولي ثم يرجع بحكم انه غير لازم
فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لانه
فصل مجتهد فيه فاذا الحقه حكم المولي لزم كساير الاحكام الصادرة من هذا
الحكام وما يذكر في صك الوقف ان قاضيا من القضاة قضي بلزوم الوقف
وبطلان حق للرجوع ليس بشي في الصحيح كذا في الكافي والخانية وذكر
الثاني بقوله او بالموت اذا علق به بان قال اذا مت فقد وقفت داري
علي كذا ثم مات صح ولزم ان خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جايزة
كالوصية بالمنافع كما مر ويكون فيه ملك الميت باقيا حكما فيتصدق عنه
دايما وان لم يخرج منه جاز بقدر الثلث وبقي الباقي الي ان يظهر له مال
اخر او تجيز الورثة وان لم تظهر ولم تجيزوا قسم الغلة بينهما اثلاثا ثلثها
للوقف والثلثان للورثة وفي قوله او بالموت اذا علق به اشارة الي
ان مجرد التعليق بالموت لا يفيد زوال الملك بل لا بد من الموت بعد التعليق
ليفيد وذكر الثالث بقوله وبقوله وقفتها في حياتي وبعد مماتي مؤبدا

فانه

فانه جايز عندهم لكن عند ابي حنيفة ما دام حيا كان هذا نذرا بالتصدق
بالغلة فكان عليه الوفا بالنذر وله ان يرجع عنه حتي مات جاز من الثلث
ويكون سبيله سبيل من اوصي بخدمة عبده لانسان فان الخدمة تكون
للموصي له والرقبة علي ملك المالك حتي اذا مات الموصي له بالخدمة يصير
العبد ميراثا لورثة المالك الا ان في الوقف لا يتصور انقطاع موصي لهم
فتتابد هذه الوصية وذكر الرابع بقوله او بنا مسجد وافرازه بطريقه
شرط الافراز لان المسجد لابد ان يكون خالصا لله تعالي لقوله تعالي وان
المساجد لله اي مختصة به تعالي فلا يخلص له تعالي الا به والاذن للناس
بالصلاة فيه وصلاة جماعة وقيل لا حاجة الي صلاة جماعة بل يكفي واحدا
صلي فيه شرط الاذن لهما الا ان التسليم شرط لصيرورته مسجدا عندهما
خلافا لابي يوسف ويشترط في كل نوع تسليم يليق به وهو في المسجد بالصلاة
فيه وهذا الوجه الرابع والوجه الاول مع افادتهما اللزوم بالنظر الي
الواقف ووارثه يفيد ان خروج الوقف عن ملك الواقف والوجه الثاني
يفيد بموت الواقف لزوم الوقف بالنظر اليه وخروجه عن ملكه ايضا
ولزومه بالنظر الي الوارث ان خرج من الثلث ثم انهما بعد ما خالفا الامام
في عدم زوال ملك الواقف وقالا بزواله اختلفا فيما يتم به الوقف فذكره
بقوله ولم يتم عطفا علي قوله لم يلزم يعني بعد ما لزم باحد الامور المذكورة
لم يتم الا بذكر مصرف مويد عند محمد لانه تصدق بالمنفعة او بالغلة
وذا قد يكون موقتا وقد يكون مويدا فمطلقه لا يحمل علي التابيد فلابد
من التنصيص فلو وقف علي اولاده مثلا بان قال وقفته علي اولادي
ولم يزد عليه وانقرضوا اي الاولاد عاد الوقف الي الملك عنده لكونه

منقطع الاخر ولو وقت بان قال وقفته الي عشرين سنة مثلا بطل اتفاقا لانه
كالتوقيت في البيع وعند ابي يوسف يتم بدونه اي بدون ذكر التابيد لان
المقصود التقرب الي الله تعالي وهو تارة يكون بالصرف الي جهة يتوهم
انقطاعها واخري بالصرف الي جهة لا تنقطع لا يتوهم ذلك فيصح في الفصلين
تحصيلا لمقصود الواقف واذا انقطع الموقوف عليه كالاولاد مثلا صرف
الوقف عنده الي الفقرا فالصحيح ان التابيد شرط اتفاقا لكن ذكره ليس بشرط
عند ابي يوسف لان قوله وقفت او تصدقت يقتضي الازالة الي الله تعالي
وهو مقتضي التابيد فلا حاجة الي ذكره كالاعتاق كما سياتي وعند محمد
يشترط ذكره لما مر وهو اي الوقف عنده اي عند ابي يوسف اسقاط
لا اسقاط ملك الواقف عن العين كالاعتاق فانه اسقاط الحق المولي لا تمليك
لله تعالي لاستغنايه تعالي عن ذلك لانه المالك للواقف والوقف
ولا للعبد ولا الجائز بيعه وساير تصرفاته فيخرجه اي ابو يوسف الوقف
عن الملك بنفس القول فلا حاجة الي القضا وغيره ويجوز الشيوع لان القسمة
من تتمة القبض لانه للحيازة وتمامها فيما يقسم بالقسمة واصل القبض
عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقد عرفت ان الوقف عنده اسقاط الملك
كالاعتاق والشيوع لا يمنع الاعتاق فلا يمنع الوقف ايضا وبه يفتي مشايخ العراق
وعند محمد صدقة لقوله صلي الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ويشترط اي محمد التسليم اي تسليم الوقف الي
المتولي والقبض اي قبض المولي الوقف كما في الوصية المنفذة دون الموصي
بها فانها لا تزول عن ملك المتصدق بمجرد القول بل بتسليمه وقبض الفقير
وذلك لان التمليك من الله تعالي لا يتحقق قصدا الماسر الا ان ما يثبت له

تعالي

١١٥

تعالى من الحق في الصدقة يثبت في ضمن التسليم الى العبد فنزل منزلة الصدقات
والزكوات ولو تم قبل التسليم لصار بيده مستحقا عليه والتبرع لا يكون سببا
للاستحقاق على المتبرع وبيع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان الاصل القبض
عنده شرط فكذا ما يتم به القبض وتمامه فيما يحتمل القسمة بالقسمة وفيما
لا يحتملها يصح مع الشيوع حتى لو وقف نصف الحمام جاز كالصدقة المنفذة
فانه اعتبر الوقف بها فانها لا تتم في شاع يقسم كما اذا قال تصدقت بنصف
هذه الدراهم العشرة لهذا الفقير فانها لا تتم ما لم يقبضه ذلك الفقير ويتم
في شاع لا يقسم كنصف الحمام وبه يفتي مشايخ بخارى قال في مجموع الفتاوى
ثم على قول محمد لو كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة
على المساكين او على وجه من وجوه البر التي يجوز الوقف عليها ودفعاها الى
قيم يقوم عليها كان جائزا لان المانع من الجواز على قوله هو الشيوع وقت
القبض لا وقت العقد وهنا لم يوجد الشيوع عند العقد لانهما تصدقا بالارض
جملة ولا وقت القبض لانهما سلما الارض جملة ولو تصدق كل واحد منهما
بنصف هذه الارض شائعا صدقة موقوفة وجعل كل واحد منهما لوقفه
متوليا على حدة لا يجوز لوجود الشيوع وقت العقد لان كل واحد منهما
باشر عقدا على حدة وتمكن الشيوع وقت القبض ايضا لان كل واحد من
المتوليين قبض نصفا شائعا فان قال كل واحد منهما لمتوليه اقبض نصيبي
مع نصيب صاحبي جاز ولو تصدق احدهما بنصف الارض صدقة موقوفة
على المساكين ثم تصدق الاخر بنصفها كذلك وجعلا لذلك قيما واحدا جاز
لانه ان وجد الشيوع وقت العقد لم يوجد وقت القبض لان المتولي قبض
الارض جملة وهما سلما اليه جملة وكذا لو جعلا التولية الى رجلين معا،

لانها صارا كمتول واحد وكذلك لو اختلف جهة الوقف جاز ولذا لو كان
مشاعا
الواقف واحد فجعل نصف الارض وقفا علي الفقرا والنصف الاخر علي امراه
جاز هذا كله علي محمد واما علي قول ابي يوسف تجوز الوقف في كلها
لان الوقف عنده يجوز غير مقبوض وغير مقسوم وبعض مشايخ زماننا
افتوا بقول ابي يوسف وبه يفتي واذا لزم الوقف وتم لا يملك اي لا يكون مملوكا
لصاحبه ولا يملك اي لا يقبل التمليك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تمليك
الخارج عن ملكه ولا يعار ولا يرهن لاقتضائهما الملك ولا يقسم الا عندهما
اذا كانت اي القسمة بين الواقف والمالك اي اذا قضي قاض بجواز وقف
المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب
بعضهم القسمة فعنده لا يقسم وتتهايؤن وعندهما يقسم واجمعوا ان
الكل لو كان موقوفا علي الارباب فارادوا القسمة لا يقسم كذا في المحيط
هو معني قوله لا الموقوف عليهم لما ان القسمة تمييز وافراز لا بيع وتمليك
فيجوز وله انها بيع معني لاشتمالها علي الافراز والمبادلة وجهة المبادلة
راجحة في غير المثليات ازال ابو يوسف المسجد عن ملك الواقف بقوله
جعلته مسجدا لان التسليم ليس بشرط عنده لانه اسقاط كالاعتاق وشرطا
الصلاة كما مر اعاد ذكر المسجد لانه ذكره اولا في تعداد موجبات اللزوم
وذكره ههنا لمخالفة احكامه سائر الاوقاف في عدم اشتراط التسليم
الي المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن ملك
الواقف عند ابي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم وان جعل تحته سردابا وهو
وهو معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد لمصالحه
جاز كما في بيت المقدس ولو جعل لغيرها او جعل فوقه اي فوق المسجد

بيتا

بيتا وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فلا اي يكون مسجدا
وله بيعه ويورث عنه اذا مات لان المسجد يجب خلوصه لله تعالى ولم
يخلص هنا لبقاء حق العبد متعلقا باسفله او باعلاه فلا تثبت احكامه
وعن ابي يوسف انه جوز الوجهين حين قدم بغداد ضرورة ضيق
المنازل وعن محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله للضروره كما لو
جعل وسط داره مسجدا واذن بالصلاة فيه حيث لا يكون مسجدا وله
بيعه ويورث عنه لان ملكه محيط بجوانبه وكان له حق المنع والمسجد
لا يكون لاحد فيه حق المنع قال تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله
ان يذكر فيها اسمه ولو خرب ما حوله واستغني عنه يبقى مسجدا عند
ابي حنيفة وابي يوسف ولا يعود الى ملك بانيه ان كان حيا والى ملك
وراثه ان كان ميتا وعاد الى الملك عند محمد لانه عينه لقربة معينة فاذا
فاذا انقطعت عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدي ثم زال الاحصار
وادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شا ولهما ان القربة التي قصدها
لم تزل بخراب ما حوله لان الناس في المساجد سوا فيصلي فيه المسافرون
والمارة وهدي الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح ومثله حصير
المسجد وحشيشه اذا استغني عنهما حيث لا يدخلان عندهما خلافا
لمحمد والرباط والبير اذا لم ينتفع بهما فانهما ايضا على هذا الخلاف
فيصرف وقف المسجد والرباط والبير الى اقرب مسجد او رباط او بير
اليه تفريع على قولهما اذا اتحد الواقف والجهة بان بنى رجل مسجدين
وعين لصالح كل منهما وقفا وقل مرسوم بعض الموقوف عليه بان
انتقص مرسوم امام المسجدين او موذنه مثلا بسبب كون وقفه

في الملك ع
احدهما

وقف لله تعالى

خرابا جاز للحاكم ان يصرف من فاضل الوقف الاخر اليه لانهما حينئذ كشي
واحد وان اختلف احدهما بان بني رجلان مسجدين او رجل مسجدا او
مدرسة ووقفوا لهما اوقافا فلا اي لا يجوز للحاكم ان يصرف من فاضل
وقف احدهما الى الاخر كذا في البزازية وقف ضيعة على الفقرا وسلمها الى المتولي
ثم قال لوصيه اعط من غلتها فلانا وفلانا كذا افعل ما رايت من الصواب
فجعله لهم باطل لان الوقف بعد التسجيل خرج عن ملكه فلا يقدر وصيه
على التصرف فيه الا اذا كان شرط في الوقف قبل التسجيل ان يصرف
اي الواقف غلتها الى من شا كذا في الخانية جاز جعل شي من الطريق
مسجدا او عكسه كذا في كتاب الكراهية من الخلاصة وفي الفصل
العاشر من العمادية وجاز ايضا جعل الطريق مسجدا لا عكسه اي يجوز
الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد كذا في العمادية وجاز ايضا
اخذ ذراع بجنب المسجد اذا ضاق على الناس بالقيمة كرها كذا
في مجمع الفتاوى وجاز ايضا جعل الواقف الولاية لنفسه لان المتولي
يستفيد الولاية منه فيكون له ولاية ضرورة لكنه بعد ذلك
ان كان غير مامون على الوقف فللقاضي ان ينزعه من يده نظرا
للفقرا وكذا لو شرط ان لا يخرجه سلطان او قاض من يده ويولي
غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع واجاز ابو يوسف جعل غلة
الوقف لنفسه يعني اذا وقف وشرط الكل او البعض لنفسه ما دام
حيا وبعده للفقرا يبطل عند محمد وهذا الفوات معنى القربة
بازالة الملك الى الله تعالى وقال ابو يوسف يصح اعتبار الابتدا
بالانتها فانه يجوز على جهة تنقطع فيعود الى ملك المالك وشايخ

بلخ

لله تعالى

وقف

بلخ اخذوا بقول ابي يوسف وعليه الفتوى ترغيباً للناس في الوقف
كذا في الخانية وغيرها واجاز ايضا شرط الواقف ان يستبدل به
او يبيعه ويشتري بثمنه ارضا اخرى اذا شا فاذا فعل كانت الثانية
كالاولى في شرايطها بلا ذكرها ولا يستبدلها ثالثة لانه حكم
ثبت بالشرط والشرط وجد في الاولى لا الثانية واما بدون الشرط
فلا يملكه اي الاستبدال الا القاضي كذا في الخانية وغيرها صح وقف
العقار ببقره واكرته وهم عبيده وساير الات الحراثة تبعا للعقار
لا المنقول لانه لا يتابد وعن محمد صح في المتعارف وقفيته كالفاس
والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل
والمصحف اذا وقف على اهل مسجد لقراة القران ان كانوا يحصون
جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرا فيه ولا يكون مقصورا عليه
وان كان وقف الكتب فكان محمد ابن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى
يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه ناخذ كذا في الخلاصة
وعن الانصاري وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم او الطعام
او ما يكال او يوزن ايجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم
مضاربة ثم يتصدق بفضلها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال
ويوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة كالدراهم فعلى هذا الكر
من الحنطة كذا في الخلاصة بنى على ارضه فوقفه اي البنا بدونها
اي الارض لم يجز لان الاصل فيه العقار لانه مما يتابد والحق به ما يتبعه
وما ورد فيه الاثار وما فيه التعامل فيبقى الباقي على اصل القياس وقيل
جاز في الكافي ولو وقف البنا قصد الم يجز في الصحيح وفي القاعدية عن ابي حنيفة

انه اجاز وقف المقبرة كما اجاز المسجد وكذا القنطرة يتخذها رجل
للمسلمين ويتطرقون فيها ولا يكون بناوه ميراثا لورثته ثم قال
وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البنا بدون الارض وذكر في
الاصل ان وقف البنا بدون اصل الدار لا يجوز ولو بنى على ارض موقوفة
لجهة فوقفه اي البنا لها لتلك الجهة جاز بالاجماع لاتحاد الجهة ولو
وقفه لغيرها اختلف فيه قيل جاز وقيل لم يجز ثم الوقف اذا احتاج
الى العمارة تجب عمارته سوا شرط الواقف العمارة اولا فانها ان لم تكن
مشروطة نصا فهي مشروطة اقتضا لان مقصود الواقف ادرار الغلة
موبدا على المصارف وهذا انما يحصل باصلاحها وعمارتها فتثبت شرط العمارة
اقتضا والثابت به كالثابت نصا على الموقوف عليه متعلق بتجب اي يجب
عليه عمارته بمال نفسه ولا يوخذ من الغلة شي لو كان معينا بان وقف
دارا على سكنى اولاده مثلا لانه لانه المنتفع والغرم بالغنم ولهذا تكون
نفقة العبد الموصى بخدمته على الموصى له بها والا اي وان لم يكن معينا
يبدا بها اي بالعمارة من غلته اي غلة الوقف لان الوقف اذا كان على غير
معين لم يكن مطالبتهم بها لكثرتهم وغلة الوقف اقرب اموالهم فيجب منها
ولم تزد في الاصح يعني انما تجب العمارة عليه بقدر ما تبقى على الصفة
التي وقف المالك عليها وان خرب يبنى على تلك الصفة لانه نصفته
صار غلته مستحقة الصرف الى الموقوف عليه فاما الزيادة فلا والغلة مستحقة بصفته
له فلا يجوز صرف غلة مستحقة له الى جهة غير مستحقة الا برضاه باجرته
ولو ابى اي المعين عن عمارة الوقف او عجز عنها عمره الحاكم بان اجره وعمره باجرته
فرده اليه اي الموقوف عليه ولا يجبر اي الابي عليها اي العمارة لان فيها اتلاف ماله

ولا

ولا يجبر الانسان عليه كما لا يجبر صاحب البذر في المزارعة ولا يكون اباوه
رضي ببطلان حقه لانه في حيز التردد لاحتمال ان يمتنع حذرا من اتلاف
ماله فلا يبطل بالشك وحقهم في وصرف نقضه او ثمنه اليها اي
العمارة ان احتاج الوقف اليها يعني ان نقض الوقف ان صلح لا يصرف الى
عمارته صرف اليها والا يبيعه الحاكم ويصرف ثمنه اليها صرفا للبدل
الى صرف المبدل وان لم يحتج حفظ للحاجة ولم يقسم بين مصارفه لانه
جزء من العين وحقهم في الانتفاع بمنافعه دون العين لا حق الله
تعالى وحق الواقف فلا يصرف اليهم ما ليس حقا لهم الواقف اذا افتقر واحتاج
الى الوقف يرفع الى القاضي ليفسخه ان لم يكن مسجلا كذا في الخلاصة وفسخه
لو كان الوارث الواقف كان حكما ببطلان الوقف والا فلا قال في مجمع
الفتاوى القاضي اذا اطلق بيع وقف غير مسجل ان اطلق لوارث الواقف
كان ذلك منه حكما ببطلان الوقف ويجوز بيعه وان اطلق لغير وارثه
لا لان الوقف اذا بطل عاد الى ملك وارث الواقف وبيع مال الغير
لا يجوز اذا اقر بوقف صحيح وبانه اخرجه من يده ووارثه يعلم خلافه
اي انه لم يقفه ولم يخرجه من يده جاز اي الوقف وليس له اي لوارثه
ان ياخذه ولا يسمع دعواه في القضا كذا في الخانية الوقف في مرض
الموت كالهبة فيه فيعتبر من الثلث ويشترط فيه ما يشترط فيها
من القبض والافراز فان خرج من الثلث او اجازه الوارث نفذ في الكل والا بطل
في الكل الزايد على الثلث وان اجاز البعض دون البعض جاز بقدر ما اجاز وبطل
في الباقي الا ان يظهر للميت مال غيره فينفذ في الكل كذا في الخانية الوقف اما
للفقرا وهو ظاهر او للاغنيا ثم الفقرا كالوقف على الاولاد الاغنيا وبعد

لزماه به ويمتنع صح

ولا يجوز اجارة من لم
السكنا اذا ولاية له
عليها الا بغير مالك
ولا نائب عنه بل يوجر
المتولي او القاضي صح

انقراضهم على الفقرا او يستوي فيه الفريقان اي الفقرا والاغنيا كالرباطات
والخانات والمساجد والسقايات والقناطر ونحو ذلك
يتبع شرط الواقف في اجارته حتى اذا شرط ان لا يوجر اكثر من سنة والناس
على الوقف
لا يرغبون في استيجارها سنة وكان اجارتها اكثر من سنة ادر وانفع للفقرا
فليس للقيم ان يخالف شرطه ويوجر اكثر من سنة بل يرفع الامر الى القاضي
حتى يوجره القاضي اكثر من سنة لان للقاضي ولاية النظر للفقرا والغايب
والميت وان لم يشترطه الواقف فللقيم ان يوجر اكثر من سنة بلا اذن القاضي
كذا في الخانية فلو اهمل الواقف مدتها ولم يعينها قيل تطلق اي تبقى على الاطلاق
ولا تتقيد بمدة فللقيم ان يوجر كيف شاء جاريا على سنن الواقف وقيل تقيد بسنة
سواء كان الواقف دارا او ارضا للزيادة احتياطا في امر الوقف وبها اي بالسنة
يفتى في الدار لان المدة اذا طالت تودي الى ابطال الوقف فان من راه يتصرف
فيه تصرف الملاك على طول الزمان يزعمه مالكا وبثلاث سنين في الارض
يعني ان الارض اذا كانت مما تزرع في كل سنة فلا يوجرها اكثر من سنة وان كانت
مما تزرع في كل سنتين مرة او في ثلاث سنين مرة كان له ان يوجرها مدة
يتمكن فيها المستاجر من الزراعة وبالمثل يوجر لا باقل من اجر المثل دفعا للضرر
عن الوقف فلو رخص اجره بسبب من الاسباب بعد العقد على مقدار
على اجر مثله قبل يعقد به اي اجر مثل صح
لا يفسخ العقد للزوم الضرر ولو زاد اي اجر مثله ثانيا للاتي من الزمان
واما الماضي فله حصته من الاجر الاول وقيل لا اي لا يعقد به ثانيا كزيادة
واحد تعنتا وفي الفتاوى اذا استاجر ارض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة
هي اجرة المثل حتى جازت الاجارة فرخصت اجرتها لا تفسخ الاجارة واذا ازداد
اجر مثلها بعد مضي مدة فعلى رواية فتاوى سمرقند لا يفسخ العقد وعلى

رواية

١٢٣

رواية شرح الطحاوي يفسخ ويجدد العقد والى وقت الفسخ يجب المسمى وزيادة
الاجرة تعتبر اذا زادت عند الكل حتى لو زاد واحد نفسنا لا تعتبر وعلى
رواية الشرح لو ازدادت الاجرة فرضي المستاجر الاول بالزيادة كان هو اولى
من غيره ولا يوجره الموقوف عليه كالامام والمدرس والاولاد ونحوهم لعدم
تصرفهم في عينه الا بتولية بان يجعله الواقف متوليا فحينئذ يكون له حق التصرف
فيه متولي اجر بدون اجر المثل لزمه تمامه كذا اب اجر منزل صغيره
بدونه اي بدون اجر المثل يعني لزمه ايضا تمامه اذ ليس لكل منهما ولاية
الحط والاسقاط كذا في العمادية لا تنفسخ اي اجارة الوقف بموت المؤجر لان
العقد لغيره كالوكيل والاب والوقف لا يعار ولا يرهن رعاية لحق الموقوف
عليه لان فيهما ابطال حقه فلو سكن المرتهن فيه يجب عليه الاجر ويفتي
بالضمان باتلاف منافعه يعني اذا سكن رجل دار الوقف او اسكنه المتولي
بلا اجر قيل لا شي على الساكن وعامة المتاخرين على ان عليه اجر المثل وعليه
الفتوى وكذا منافع مال اليتيم كذا في العمادية وغصب عقاره يعني ان الفتوى
في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان نظرا للوقف ومتى قضي عليه
بالقيمة توخذ منه القيمة فيشترى بها ضيعة اخرى فتكون على سبيل الوقف
لان هذه بدل الاولى كذا في الاستروشنية ويقبل فيه اي الوقف الشهادة
على الشهادة وشهادة الرجال والنسا والشهادة بالشهرة لاثبات
اصله وان صرحوا به اي شهدوا بالتسامع وقالوا عند القاضي نشهد
بالتسامع تقبل بخلاف ساير ما يجوز فيه الشهادة بالتسامع كالنسب فانهم
اذا صرحوا بانهم شهدوا بالتسامع لا تقبل لان الوقف حق الله تعالى
وفي تجويز القبول بتصريح التسامع حفظ للاوقاف القديمة عن الاستهلاك

وغيره لبس كذلك لا لا اثبات شرط في الاصح فان الشهادة على اصل الوقف بالشهرة
تجوز على الجواب المختار وان كان الوقف على قوم باعيانهم واما على الشرايط
فلا هو المختار كذا في العمادية وبيان المصرف من الاصل يعني اذا شهدوا ان هذه
الضيعة وقف على كذا تقبل فيه الشهادة بالتسامع متولي بني في عرصة الوقف
فهو اي البنا يكون للوقف فتصرف غلته الى مصارف الوقف ان بناه من مال
الوقف او مال نفسه ونواه للوقف اولم ينو شيا وان بنى لنفسه واشهد عليه
كان له اي للمتولي نفسه والاجنبي اذا بنى ولم ينو شيا فله ذلك وان نوى كونه
للوقف كان وقفا كذا الغرس يعني انه كالبنا في جميع ما ذكرنا والغرس
في المسجد للمسجد مطلقا اي سوا نوى اولم ينو باع دارا ثم ادعى انه كنت
وقفتها او قال وقف على لم يصح للتناقض فليس له ان يحلف المشتري
ولو قامت البينة قبلت كما لو شهدوا على عتق امة تقبل بلا دعوى الولاية
في امر الوقف للواقف وان لم يشترطها لانه احق من الاجنبي ويعزل لو خان
كالموصي رعاية لمصلحة الوقف وان شرط ان لا يعزل الواقف لانه شرط المتولي م
مخالف لمقتضى الشرع ولانه اي الواقف واخرجه صح وان لم يكن جرحه وان
شرط ان لا يخرج لانه في معنى التوكيل ولا عبرة بالشرط طالب التولية لا يولى
كما لا يولى طالب القضا وفوض التولية الى غيره جاز لان المتولي بمنزلة مرض المتولي مرض الموت م
الوصي وللوصي ان يوصي الى غيره كذا في الخانية ولو مات اي المتولي بلا تفويض
او به فالراي في نصب المتولي الى الواقف لا القاضي ثم ان مات الواقف
فالراي الى وصيه ثم ان مات وصيه فالراي فيه الى القاضي ويجعل المتولي من اهل
الواقف ما امكن لا الاجانب الباني للمسجد اولى بنصب الامام والمؤذنون
في المختار الا اذا عين القوم اصلح ممن عينه اي الباني اشترى بمال الوقف المتولي م

داره اي الوقف لا تكون وقفا في الاصح لانه في صحة الوقف والشرائط التي
يصير بها الوقف لازما كلاما كثيرا ولم يوجد هنا كذا في العمادية جاز للحاكم
تزويج امة الوقف لا عبده ولو من امته وجناية عبده في ماله اي مال الوقف
كذا في الخلاصة **فصل** فيما يتعلق بوقف الاولاد قال ارضي هذه
موقوفة علي ولدي كانت الغلة لولده صلبه يستوي فيه الذكر والانثي
لان اسم الولد ماخوذ من الولادة وهي موجودة فيهما الا ان يقيد بالذكورة
بان يقول علي الذكور من ولدي فلا يدخل فيه الاناث واذا جاز هنا الوقف
فيما يوجد واحد من الولد الصلبي كانت الغلة له لا لغيره واذا انتفي اي
الصلبي صرفت اي الغلة الي الفقرا لا لولد الولد لانقطاع الموقوف عليه
هذا اذا كان حين الوقف ولد صلبي وان لم يكن حين الوقف ولد صلبي بل
ولد الابن ذكرا كان او انثي كانت اي الغلة له خاصة لا يشاركه فيها من
دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصلبي بمنزلة الصلبي
ولا يدخل فيه ولد البنت في الصحيح وهو ظاهر الرواية وبه اخذ هلال
لان اولاد البنات ينسبون الي ابائهم لا الي امهاتهم بخلاف ولد الابن ولو زاد د
علي العبارة الاولي وقال وولد ولدي فقط اي ان لم يزد علي هذا يدخل فيه
الصلبي واولاد بنيه يشتركون في الغلة ولا يقدم الصلبي علي ولد الابن لانه
سوي بينهما والذكر وهل يدخل فيه ولد البنت فالهلال يدخل ولو قيد
بالذكور اي قال ارضي هذه موقوفة علي ولدي وولد ولدي الذكور قال
اسم هلال يدخل فيه الذكور ولد البنين والبنات وهو الصحيح لان الولد كما يتناول
اولاد البنين يتناول اولاد البنات كما قال الامام السرخسي له ان ولد اسم
لمن ولده ولده وابنته ولده ومن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة بخلاف

ما اذا قال على ولدي فان ثمة ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية كما مر لان اسم
الولد يتناول ولده الصلبي وانما يتناول ولد الابن لانه ينسب اليه عرفا ثم اذا
انقرض الاولاد واولادهم في الصورتين المذكورتين صرفت الغلة الى الفقرا
لانقطاع الموقوف عليه ولو زاد البطن الثالث وقال على ولدي وولد ولدي
وولد ولد ولدي صرف الى اولاده ما تناسلوا لا الفقرا ما بقي واحد من اولاده
وان سفل يستوي فيه الاقرب والابعد الا ان يذكر ما يدل على الترتيب
بان يقول الاقرب فالاقرب او يقول على ولدي ثم على ولد ولدي او يقول
بطنا بعد بطن فحينئذ يبدا بما بدا به الواقف لانه لما ذكر البطن الثالث
فحتى التفاوت فتعلق الحكم بنفس الانتساب لا غير والانتساب موجود
في حق من قرب ومن بعد بخلاف البطن الثاني لان الواسطة له واحد
كذا في الخلاصة كذا اي صرف الى اولاده ما تناسلوا لا الفقرا اذا قال على
ولدي واولاد اولادي او قال ابدا على اولادي يستوي فيه الاقرب والابعد
والابعد الا ان يذكر ما يدل على الترتيب كما مر وقف ضيعة على اولاده
ثم الفقرا فمات بعضهم فصرفت الغلة الى الباقي لانه وقف على اولاده
ثم الفقرا ما بقي منهم احد وان سفل لا يصرف الى الفقرا ولو وقفها على
اولاده وسماهم فقال على فلان وفلان وفلان وجعل اخره للفقرا فمات
احدهم صرف نصيبه الى الفقرا لانه وقف على كل واحد منهم وجعل اخره
للفقرا بخلاف المسئلة الاولى فان الوقف هناك على الكل لا على كل واحد ولو
وقف على امراته واولاده اي اولاد الواقف ثم ماتت امراته لا يكون نصيبها
لابنها المتولد من الواقف خاصة اذا لم يشترط اي الواقف رد نصيب
الميت اي من مات منهم الى ولده حتى اذا شرطه انصيبها لابنها بل يكون كان منهم

للجميع اي جميع الاولاد ولو قال على ولدي وولد ولدي ابدا ما تناسلوا ولم
يقل بطنا بعد بطن لكن شرط الشرط المذكور وهو رد نصيب الميت الى ولده
فالغلة لجميع ولده ونسله بينهم على السوية ولو مات بعض ولد الواقف وترك
ولدا ثم جاءت الغلة تقسم على ولده وولد ولده وان سفلوا بمقتضى عبارة
الواقف وعلى الميت لانه استحق النصيب قبل موته فما اصابه اي الميت من الغلة
كان لولده بالارث فيصير له اي لولد الميت سهمه الذي عينه الواقف بحكم لولده
تعيينه وسهم والده بالارث ولو وقف على ولديه فاذا انقرضا فعلى
اولادهما ابدا ما تناسلوا فاذا مات احدهما وخلف ولدا صرف نصف
غلته الى الباقي والنصف الى الفقراء كما مر في تسمية كل من الاولاد فاذا صورة م
مات الاخر صرف الكل الى ولد الاولاد يقسم بين ولد لاحدهما وكل واحد
من اولاد الاخر على السوية وقف على ذوي قرابته لم يدخل والده وجده
وولده رجل قال ارضي هذه موقوفة على اقاربي او على قرابتي او على ذوي
قرابتي قال هلال يصح الوقف ولا يفضل الذكر على الانثى ولا يدخل فيه والد
الواقف ولا جده ولا ولده كذا في الخانية دار في يده برهن اخر انها
وقفت عليه وبرهن قيم الواقف انها للمسجد فان ارخا فللسابق والا
فبينهما نصفان كما هو الحكم في دعوى الملك وقف بين اخوين مات احدهما وبقي
في يد الحي واولاد الميت ثم الحي برهن على واحد من اولاد الاخ ان الواقف بطنا بعد
بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين ولو برهن
اولاد الاخ ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة مدعي الوقف بطنا بعد
بطن اولى كذا في القنية

كتاب البيوع

هو اي البيع الذي دل عليه البيوع لغة مبادلة مال بمال

مطلقا وهو من الاضداد يقال باع الشي اذا شراه او اشتراه ويتعدي الي المفعول الثاني بالحرف وبه يقال باعه الشي وباعه منه وانما جمع لكونه انواعا اربعة باعتبار المبيع لانه بيع سلعة بمثلها ويسمي مقايضة او بيعها بالثمن ويسمي بيعا لكونه اشهر الانواع او بيع ثمن بثمن كبيع النقدين ويسمي صرفا او بيع دين بعين ويسمي سلما وباعتبار الثمن ايضا لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمي مساومة او اعتبر مع زيادة يسمي مرابحة او بدونها يسمي تولية او مع النقص يسمي وضيعة وشرعا مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب اي التجارة خرج به مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع او الهبة بشرط العوض فانه فانه ليس ببيع ابتداء وان كان في حكمه بقاء لم يقل علي سبيل التراضي ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم ينعقد الانعقاد تعلق كلام احد العاقلين بالاخر شرعا علي وجه يظهر اثره في المحل بالايجاب وهو الاثبات سمي به اول كلام لاحد العاقدين سواء كان بعت او اشتريت لانه يثبت للاخر خيار القبول والقبول وهو ثاني كلام احدهما سواء كان بعت او اشتريت الماضيين قال في الهداية البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي ثم قال ثم قال لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به واراد بالموضوع للاخبار لغة الماضي اذ اللام فيه للعهد فلا وجه للاعتراض عليه بان لا بد له من ضم شي الي ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل ثم قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل صيغة الامر نحو بعه مني بكذا فقال بعت لانه قال هناك مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك فلا وجه لحمله علي المضارع كما ذهب اليه بعض شراحه ثم ينعقد بها البيع اذا قارنته

اربعة مع

بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك واراد بلفظ المستقبل ع

الشبه كما نقل صاحب النهاية عن الطحاوي وتحفة الفقهاء وينعقد ايضا
بما في معناهما اي الماضيين نحو رضيت واعطيتك بكذا او خذه يعني ان كل ما
على معنى بعت واشتريت ينعقد البيع به ايضا فاذا قال بعت منك هذا
بكذا فقال رضيت او قال اشتريت منك هذا فقال خذه يعني بعت بذلك
فخذه فانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك
به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت العقد باعتباره لا بلفظين احدهما
الامر لما في سامر فان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وان اعتبر اللفظ
في بعضها كشركة المفاوضة حيث لا تصح اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه
حتى التعاطي اي اعطاء المبيع والثمن من الجانبين فان البيع ينعقد به بلا
وجود لفظ فضلا عن الماضيين لوجود المقصود وهو التراضي مطلقا في
النفيس والخسيس هو الصحيح لا ما قاله الكرخي ينعقد به في الخسيس فقط
كالبقل ونحوه وينعقد ايضا بلفظ واحد كما في بيع الاب من طفله بان
يقول بعت هذا منك بكذا او شرائه منه بان يقول اشتريت هذا من
عبارة ع ابني فان الاب لكمال الشفقة اقيمت مقام العبارتين فلم يحتج الى القبول وكان
اصيلا في حق نفسه ونائبا عن طفله حتى اذا بلغ كانت العهدة عليهم
دون ابيه بخلاف ما اذا باع مال طفله من اجنبي فبلغ كانت العهدة على
ابيه فاذا لزم عليه الثمن في صورة شرائه لا يبرا عن الدين حتى ينصب
القاضي وكيلا يقبضه للصغير فيرده على ابيه فيكون امانة عنده وكذا
لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ينعقد
البيع وتخير القابل في المجلس لانه لو لم يتخير لزمه حكم العقد جبرا وهو
منتف بين قبول الكل بالكل والترك يعني ان البائع اذا اوجب في شي فقبل

المشتري في بعض ذلك او اوجب المشتري في شي فقبل البايع في بعضه لم يجز
لان فيه تفريق الصفقة و احد المتعاقدين لا يملك ذلك لان فيه ضررا
للمشتري او البايع لان المبيع اذا كان واحدا لزم ضرر الشركة للمشتري
وان كان متعددا فالعادة ضم الجيد الي الردي و نقص ثمن الجيد لترويج الردي
فلو ثبت خيار قبول العقد في البعض قبل المشتري العقد في الجيد وترك
الردي فزال الجيد عن يد البايع باقل من ثمنه وفيه ضرر له واذا لم يجز اخذ
البعض بالبعض فلان لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولي وان تعددت
الصفقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البايع واليه اشار بقوله الا اذا كرر اي
البايع لفظ بعت وفصل الثمن اشار الي ما ذكر في الكافي ان قوله في الهداية
الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معني لا يتم الا ان يدرج تكرار لفظ
العقد اذ به يتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد وقال الزيلعي وليس
له ان يقبل بعض البيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البايع لفظ
بعت مع ذكر الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه
العشرة كل واحد منها بكذا او رضي اي البايع بقوله اي قول المشتري التفريق
هكذا بكذا قال القدوري ان رضي البايع في المجلس بتفريق الصفقة يصح
ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف ايجاب لا قبول ورضي البايع
قبولا واعترض عليه بانه انما يصح اذا كان للبعض الذي قبله المشتري
حصة من الثمن كالصورة المذكورة وفي قفيزين باعهما بعشرة لان الثمن
منقسم عليهما بالاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف
العقد الي عبدين او ثوبين فلم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البايع لانه
يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز اقول منشاء الغلط عدم مراد القدوري

لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما لو ذكر ثمن كل ان فصل الثمن

عبارة

فان

١٣١

فان تسميته عبارة المشتري ايجابا ورضي البايع قبولا يدل على انه اعتبر في
عبارة المشتري اشتريته بلا ذكر الثمن لا يكون لا يكون ايجابا ولا قول البايع
رضيت قبولا لعدم صدق تعريف البيع عليه وهو مبادلة المال بالمال
فظهر عدم لزوم البيع بالحصة ابتدا ولهذا قلت او رضي بقوله اشتريت
هذا بكذا او بعيدا اي خيار القبول الى اخر المجلس ولا يبطل بالتاخير اليه وان
طال لان المجلس جامع للمتفرقات كما مر في كتاب الطهارة فاذا عدت
الامور المتعدده بمنزلة واحدة فلان تعتبر ساعاته ساعة واحدة
اولى دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وانما لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك
بل توقف الايجاب فيهما على ما ورا المجلس لما مر انهما اشتملا على اليمين
من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا من الرجوع في المجلس والكتاب
والرسالة كالخطاب يعني اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا
او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغايب بكذا فاذهب فاخبره
فوصل الكتاب الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل اليه فقال في
مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريته به او قبلته تم البيع بينهما لان
الكتاب من الغايب كالخطاب من الحاضر والرسول معبر وسفير وكلامه
كلام المرسل فان الرسول صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تاره بالخطاب
وتارة بالكتاب ويبطل الايجاب قبل القبول بالرجوع اي رجع الموجب
لان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان
الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول اعترض عليه بان الحق هو غير منحصر
في الملك بل حق التمليك ايضا حق وفيه ابطاله ورد بان الايجاب اذا لم
يفد ملكا للمشتري لم يكن مزيلا لملك البايع فحق التملك للمشتري لا يعارض

والبايع ذكر الثمن في مقابلة بعض المبيع فان نجود قول المشتري حم

حقيقة الملك للبايع لكونها اقوي منه ولا ينتقض الا بما اذا دفع الزكاة
قبل الحول الي الساعي فان المزكي لا يقدر علي الاسترداد لتعلق حق الفقير
بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل حق الفقير لانتفا ما هو
اقوي منه ويبطل ايضا الايجاب قبل القبول بقيام احدهما من الموجب والقابل
عن مجلسه لان القيام دليل الرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح اعترض بانها التيام
انما تعمل عمله اذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا لو قال بعد القيام
قبلت وجد الصريح ولم يعتبر ورد بان الصريح انما وجد بعد الدلالة
ولذا لم يعارضها ولزم اي البيع بهما اي بالايجاب والقبول بلا خيار لاحدهما
في المجلس وقال الشافعي لكل منهما خيار المجلس لقوله صلي الله عليه وسلم المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز اقول يرد علي
ظاهره انه ان اريد بحق الاخر حق التملك فمسلم لكنه لا يفيد المراد وان
اريد حقيقة الملك فممنوع بل هو اول المسألة ويمكن دفعه بان حق التمليك
هو ثابت قبل القبول ولو لم يثبت حقيقة الملك بعده لم يكن للقبول فايدة
زايده بل كان وجوده وعدمه سوا مع كونه ركنا فالاحسن ان يقال
ولنا ان الايجاب والقبول يفيد ان حقيقة الملك كما قال تعالي يا ايها الذين
امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
فاباح الاكل ولو في المجلس لوجود التجارة الناشئة عن التراضي والبيع
تجارة فدل باطلاقه علي نفي الخيار وصحة وقوع الملك للمشتري والقول
بالخيار نسخ فلا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول علي خيار القبول تقييد وهو
اي قبول كل من المتعاقدين العقد في المجلس وفايدته دفع توهم ان الموجب
بعد ما اوجب لا يكون له ان يرجع لاختيار الفسخ بعد الايجاب والقبول

وفي

وفي الحديث اشارة اليه لان الاحوال ثلاثة حال لم يوجد فيها الايجاب والقبول
وحال وجد فيها وانقضى وحال وجد فيها احدهما والاخر موقوف واطلاق
اسم المتبايعين عليهما في الاولى مجاز باعتبار ما يؤول اليه وفي الثانية
مجاز باعتبار ما كان وفي الثالثة حقيقة لما تقرر في موضعه ان اسم
الفاعل حقيقة في الحال اجزاء من اواخر الماضي واوائل المستقبل وهي حال بمعنى
المباشرة بان يقبل احدهما في المجلس والاخر متوقف فيه لا ما قبلها ولا ما
بعدها او يحتملها فيحمل عليها لئلا يلزم ابطال حق الاخر والتفرق المذكور
في الحديث محمول على تفرق الاقوال بان يقول احدهما بعت ويقول
الاخر لا اشتري او بالعكس حيث لا يبقى الخيار بعده فان قيل التفرق
يكون بعد الاجتماع وهو لا يتصور ههنا قلنا المراد بالتفرق عدم الاجتماع
ابتداء وهذا مبني على قاعدة مقررة في المفتاح والكشاف انهم يقولون
ضيق فم الركية اوسع كم الثوب والمراد في الاول جعل فم الركية ضيقا
ابتداء وفي الثاني جعل كم الثوب واسعا ابتداء فلا تغفل وكفى في صحة
البيع الاشارة في اعواض اعم من المبيع والثمن غير ربوية احتراز
عن بيع درهم ودينار وحنطة ونحوها بجنسها فان الاشارة فيه لا تكفي
بل لا بد من مساواة قدر لاحتمال الربا كما سياتي وانما كفت الاشارة
لكونها ابلغ طرق التعريف فلا يحتاج الى بيان القدر والوصف بخلاف
السلم فان معرفة قدر المسلم فيه ووصفه واجبة فيها لكونه غير مشار
اليه كما سياتي وشرط معرفة مبيع يسلم اي يحتاج الى التسليم احتراز
عما اذا اقر ان لفلان عنده متاعا فاشتراه منه ولم يعرفا فانه يجوز
لعدم احتياجه الى التسليم ذكره الزاهدي بما يتعلق بمعرفة يرفع الجهالة

المفضية الى النزاع المفضي الى فساد البيع بان باع غائبا واشار الى مكانه
وليس فيه مسمى بذلك الاسم غيره فانه جائز كما سياتي في خيار الرؤية
وشرط ايضا معرفة قدر ثمن كعشرة مثلا كائن في الذمة احترازا عن
عن المشار اليه كما سبق وما يحصل فيها هو المكيلات والعدديات
المتقاربة والموزونات كالدراهم والدنانير وسائر ما يوزن اذا قوبلت
بالاعيان القيمية ومعرفة وصفه لكونه بخاريا او سمرقنديا لان جهالتهما
تفضي الى النزاع فيعري العقد عن المقصود وصح البيع بحال اي بثمن حال
ومؤجل لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وعنه صلى الله
عليه انه اشترى من يهودي ثوبا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون
الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا
يطالبه في قريب المدة وذلك يسلم في بعيدها كذا في الهداية والكافي وغيرهما
اقول فيه اشكال لان النص مطلق كما قالوا واشتراط معلومية الاجل
بالدليل العقلي تقييد المطلق بالراي وهو غير صحيح لما تقرر في الاصول
ان تقييد المطلق نسخ ونسخ الكتاب بالراي لا يجوز ويمكن دفعه بان اطلاق
النص انما هو بالنظر الى نفس الاجل وهي لم تقيد بالمعلومية لما سياتي في
خيار الشرط انه اذا قال بعتك هذا الى اجل او مؤجل صح فصرف الى نصف يوم
او ثلاثة ايام او شهر والمقيد بالمعلومية انما هو وقت الاجل والنص
ليس بمطلق بالنظر اليه ولهذا قلت معلوم الوقت حتى اذا جهل وقته
فسد البيع كالبيع الى الحصاد ونحوه وتحقيقه ان البيع مطلق والتعرض
للذات دون الصفات لا بالنفي والاثبات وذات البيع وحقيقته كما
بالاجماع
عرفت مبادلة المال بالمال والثمن معتبر في مفهوم البيع والتاجيل من

صفات

صفات الثمن فيكون من صفات البيع ولهذا يقال بيع موجل فبالنظر
الى التاجيل يكون البيع مطلقا لا يجوز تاجيله تقييده نبطن واما
تعيين وقت الاجل فليس من صفات البيع بل امر له نوع تعلق بصفته
فبالنظر اليه لا يكون البيع مطلقا فيجوز تقييده بالراي فيندفع
الاشكال وبعد ما علم الاجل ان مات البايع لا يبطل الاجل وان مات
المشتري حل المال لان فايدة التاجيل ان يتجر فيودي الثمن من نما
المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضا الدين فلا يفيد
التاجيل واذا منع البايع السلعة سنة لاجل فللمشتري اجل سنة
ثانية يعني اذا اشترى بثمن موجل الى سنة غير معينة ولم يقبض
المبيع حتى مضت السنة فللمشتري سنة اخرى بعد قبضه وقالا
ليس له ذلك وبمطلق اي صح البيع بثمن مطلق عن ذكر الصفة لا
القدر لوجوب ذكره لما عرفت فالعقد اي فالعقد حينيذ يقع
على غالب النقد اي غالب نقد البلد في الرواج لانه المتعارف فان
فان استوى اي لم يوجد الغالب بل استوى الرواج في النقود لا المالية بل تفا وتت
فيها فسد اي البيع ان لم يبين الثمن انه من اي نوع لان الجهالة تفضي الى النزاع
كما مر او استوى المالية ايضا كما استوى الرواج واختلف الاسم كالاحادي
والثنائي والثلاثي صح ان اطلق اسم الدرهم على كل منها حيث يطلق على الواحد
من الاول والاثنين من الثاني والثلاث من الثالث اسم الدرهم اذ لا نزاع
عند عدم الاختلاف في المالية وهو المانع من الجواز وصرف الى ما قدر به
من كل نوع مثلا اذا باع عبدا بالف درهم فله ان يعطي الفا من الاحادي او الفين
من الثنائي او ثلاثة الاف من الثلاثي هذا ما ذكر في الكافي واراد صاحب الهداية

وان كان في عبارته نوع غموض ولا يتعين النقد ان النقد ما ليس مصوغا
من الذهب والفضة مصكوكا اولا والفلوس النافقة كذا في العمادية في
صحيحه اي البيع وان عينا يعني اذا عين العاقد ان درهما مثلا فاراد
تبديله بدرهم اخر جاز عندنا ولا يسمع نزاع البايع وعند الشافعي
يتعينان بالتعيين حتى لا يجوز تبديله باخر ولو هلك قبل التسليم او تحقق
بعده او قبله ينتقض البيع عنده لا عندنا بل يطالب بتسليم مثله
وانما قال في صحيحه لما ذكر في العمادية بان الدراهم والدنانير يتعينان
في البيع الفاسد من الاصل ولا يتعينان فيما ينتقض بعد الصحة صورة
الاول ما اذا باع عبدا وقبض الثمن فظهر انه ثمن الحر او باع جارية
وظهر انها ام ولده يتعين دراهم الثمن للرد ولان لهذا القبض
حكم الغصب وصورة الثاني ما اذا باع عبدا وهلك قبل التسليم فالثمن
المقبوض لا يتعين في رواية وهو الاصح وصح البيع في الطعام وهو
الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسياتي في الوكالة والحبوب وهي
غيرهما كالعدس والحمص ونحوهما ولو كان البيع جزافا اي بطريق المجازفة
معرب كزاف لو بيع بغير جنسه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة فانه لا يصح
لاحتمال الربا وصح ايضا بيع المكيلات والموزونات باناء او حجر معين
كل منهما جهل قدره ولان المانع من الصحة جهالة تفضي الى النزاع
وههنا ليست كذلك ولان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك
الاناء والحجر بخلاف السلم فان التسليم فيه متاخر فالهلاك ليس بنادر .. الكيال
قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان الكيال

زاد عليه [illegible] الفضة ونحوهما واما اذا كان [illegible]

ونحوه

ونحوه فلا يجوز وكذا اذا كان المجهول بعت اوباعه بوزن شيء اذا جف بخف
وصح ايضا في القدر المسمي وان كان او اكثر اذا بيع صبرة كل قفيز او قفيزين
مثلا بكذا يعني اذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز او قفيزين او
ثلاثة بكذا فالبيع جايز في القدر المسمي من عدد القفزان عند ابي
حنيفة رحمه الله تعالى لا في الباقي الا اذا زالت الجهالة بعلم جميع
القفزان بتسميتها او بالكيل في المجلس قبل الافتراق وقالا يجوز مطلقا
لا صبرتان اي لا يصح البيع عند ابي حنيفة في القدر المسمي اذا بيع
صبرتان من جنسين كصبرتين بر وشعير كل قفيز او قفيزين بكذا
حيث لم يصح البيع عنده في قفيز واحد لتفاوت الصبرتين وعندهما
يصح فيهما ايضا وذكر في المحيط والايضاح ان العقد يصح على قفيز
واحد منهما ولا اي لا يصح ايضا البيع عنده في القدر المسمي اذا بيع
متفاوت كالثلة وهي قطيع غنم كل شاة او شاتين بكذا والعدل
المشتمل على الاثواب المتفاوتة كل ثوب او ثوبين بكذا لان التفاوت
في ابعاضها يقتضي الجهالة المودية الى النزاع بخلاف الصبرة وان
سمي الجملتين اي جملتي المبيع والثمن بان قال بعت هذه الثلة وهي مائة
بالف درهم او بعت هذا العدل وهو عشرة اثواب بمائة بلا تفصيل
اي لا يقول كل شاة بكذا او كل ثوب بكذا صح البيع في الكل اجماعا
متفاوتا اولا لمعلومية المبيع والثمن فان باعها هذا تفصيل لقوله
وان سمي الجملتين بلا تفصيل يعني بعد ما سمي الجملتين ولم يفصلهما فان
باع الصبرة على انها مائة اي مائة قفيز بمائة يصح المبيع ولا يتفاوت
الحكم ههنا بين ان سمي لكل قفيز ثمنا بان يقول كل قفيز بدرهم وبين

ان لا يسمي لعدم التفاوت بخلاف العدديات المتفاوتة كما سياتي وهي
اي الصبرة اقل من المائة اخذه اي المشتري الاقل بحصته من الثمن او فسخ
العقد يعني انه مخير بين الامرين لتفرق الصفقة عليه فلا يتم رضاه
بالموجود او هي اكثر من المائة فالزائد على المائة للبائع والمائة للمشتري
لان البيع وقع على مقدار معين وقد وجد فصح العقد والقدر ليس
بوصف حتى يدخل في البيع كما في الثوب فيكون للبائع وان باع المذروع
هكذا اي سمي الجملتين ولم يقل كل ذراع او ذراعين بكذا صح البيع فان
وجده المشتري تاما اخذه بكل الثمن بلا خيار وان وجده اقل خير ان شاء
اخذ الاقل بالكل او ترك لان الذرع وصف في الثوب لا بمعنى كونه
صفة عرضية له بل هو في اصطلاح الفقهاء ما يكون لشيء بقيد منفصل
عنه اذا حصل فيه يزيده حسنا وان كان في نفسه جوهرا كذراع من
ثوب وبناء من دار كما سبق في الايمان فان كان ثوبا هو عشرة اذرع
ويساوي عشرة دراهم اذا انتقص منه ذراع لا يساوي تسعة بخلاف
المكيلات والعدديات فان بعضا منها يسمى قدرا واصلا ولا يفيد
انضمامه الى بعض احكاما لا للمجموع فان حنطة هي عشرة اقفزة اذا
ساوت عشرة دراهم كانت التسعة منها تساوي تسعة وقد اختلفوا
في تفسير الوصف والاصل والكل راجع الى ما ذكرنا والوصف بهذا
المعنى لا يقابله شي من الثمن كاطراف الحيوان الا اذا كان مقصودا
بالتناول كما سياتي واخذ اي المشتري الاكثر بلا خيار للبائع لانه وصف
فكان كما اذا باع معيبا فاذا هو سليم وان باع المتفاوت هكذا اي سمي
الجملتين ولم يفصل صح البيع في الكل حتى اذا تساوي المبيع والثمن لزم

البيع

بطل البيع فيما

وقع لله تعالى

البيع لعلومية كل منها الا الاقل والاكثر قال في غاية البيان نقلا عن
الايضاح اذا قال بعتك هذا القطيع (من الغنم) على انه خمسون راسا وهذا العدل
على انه خمسون ثوبا بكذا فالبيع جايز لان جملة المبيع والثمن صار
معلوما بالتسمية فاذا وجد المبيع زايدا او ناقصا فالبيع فاسد لان
الزيادة لم يقع عليها العقد فيصير العقد كانه باع ثوبا من احد
وخمسين وهذا فاسد لانه مجهول متفاوت وان كان ناقصا فيحتاج
الى ان يحط حصة الثوب الناقص وهي مجهولة فيفسد ايضا وهكذا
في ساير ما تختلف قيمته وان زاد اي في بيع المذروع بعد ذكر الجملتين
كل دراع بدرهم لم يتعرض لذكر الصبرة لما ذكر ان الحكم لا يختلف هناك يعني
ذكر هذا القيد وبين تركه لعدم التفاوت صح في الكل لما ذكرنا فان وجده
اقل او اكثر اخذ الاقل بالاقل او ترك في الصورة الاولى لان الوصف وان كان
تابعا لا يقابله شي من الثمن صار ههنا اصلا بافراده بذكر الثمن
فانهم قالوا الوصف يقابله شي من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول حقيقة
كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل القبض سقط نصف الثمن او حكما
لحق البايع كما اذا احدث عيب عند المشتري اولحواك رح كما اذا اخذ ط
المشتري الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط الثمن ثم رم
فاذا صار اصلا ووجده ناقصا يثبت الخيار ان شا اخذه بحصته وان
شا ترك لتفرق الصفقة عليه او لفوات الوصف المرغوب فيه
وفي الصورة الثانية اخذ الاكثر بالاكثر او فسخ لانه ان حصل له الزيادة
في المبيع لزم زيادة الثمن لما ذكرنا فكان نفعا يشوبه ضرر
فيتخير فلو اخذه بالاقل لم يكن عاملا بمقتضى اللفظ واما قال في الاولى

او ترك وقال ههنا او فسخ لان المبيع لما كان ناقصا في الاولى لم يوجد المبيع
فلم ينعقد البيع حقيقة وكان اخذ الاقل بالاقل كالبيع بالتعاطي وفي الثانية
وجد المبيع مع زيادة فهي تابعة في الحقيقة فتد برو ان وجده اي المذروع
عشرة ونصف او تسعة ونصفا اخذه في الاول بعشرة بلا خيار وفي الثاني بتسعة
به اي بلا خيار وقال ابو يوسف باخذه في الاول باخذه باحد عشر بالخيار
وفي الثاني بعشرة به وقال محمد في الاول باخذه بعشرة ونصف بالخيار وفي الثاني
بتسعة ونصف به لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة
نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع
ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب وقد انتقص وله ان الذراع وصف
في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فاذا
عدم عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه حينئذ كالموزون حيث
لا يضره الفصل فيجوز بيع ذراع منه وان زاده اي القيد المذكور في بيع
المتفاوت صح في الاقل بقدره لانه لما بين لكل منهما ثمنا كان كل منهما مبيعا
فصح في العدد الموجود لكنه خير لتفرق الصفقة عليه وفسد في الاكثر
لانه اذا كان زايدا انتفى الجهالة في المردود المتفاوت فيودي الى النزاع
صح بيع عشرة اسهم من مائة سهم من دار اجماعا لا عشرة اذرع من مائة ذراع
منها عند ابي حنيفة وعندهما جايز ذكره في غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد
والامام العتابي ان قولهما بجواز البيع اذا كانت الدار مائة ذراع وبعضهم هذا
من تعليقهما ايضا حيث قالا لان عشرة اذرع من مائة ذراع من الدار فاشبه عشرة
اسهم من مائة سهم وله ان البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شايع لان

١٤١

الذراع في الاصل اسم لخشبة يذرع بها واستعير ههنا لما يحله وهو
معين لا شاع لان الشاع يتصور ان يذرع فاذا اريد به ما يحله و هو
معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد ولا ثوبين على انهما هروياً
فاذا احدهما مروي بكون الراوان بين كل لانه جعل القبول في
المروي شرط جواز العقد في الهروي واشتراط قبول المعدوم في
العقد يفسده فصل اعلم ان ههنا اصولا الاول ان كل ما هو
متناول اسم المبيع عرفا يدخل في البيع وان لم يذكر صريحا والثاني ان كلما كان
متصلا بالبيع اتصال قرار كان تابعا داخلا في المبيع وما لا فلا قالوا
ان ما وضع لان يفصله البشر في الاخرة ليس باتصال قرار وما وضع
لا لان يفصله فهو اتصال قرار والثالث انما لا يكون من القسمين
ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بذكرها والا فلا اذا
تقرر هذا فنقول لا يدخل العلو بشرا بيت بكل حق له ونحوه
اي بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه لان البيت اسم لما يبات
فيه والعلو مثله والشي لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص
عليه ولا يدخل العلو ايضا بشرا منزل الا به اي بالقيد المذكور لان
المنزل بين الدار والبيت ان يتاتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور
بانتفا منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا
عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه ويدخل
هواي العلو والبنا ومفاتيح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل
وهو القفل فانه ومفتاحه لا يدخل بهذا القيد والكنيف بشرا دار
بحدودها بدونه اي بدون ذكر ذلك القيد اما العلو فلان الدار اسم

لما يدار عليه الحدود والعلو منها وكذا البنا واما المفتاح فلان الغلق
المتصل جزء منها والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء
منه اذ لا ينتفع به الا به والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل
بالبنا يدخل ولو من خشب لا غير المتصل والسرير كالسلم كذا في الكافي
لا اي لا يدخل في بيع الدار الظلة والطريق والشرب والمسيل
الا به اما الظلة فلانها مبنية على هوا الطريق فاخذت حكمه واما
الطريق والشرب والمسيل فلانها خارجة عن الحدود ولكنها من الحقوق
فتدخل بذكرها وتدخل في الاجارة بلا ذكرها لانها تعقد للانتفاع
ولا يحصل الا به بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة ويدخل الشجر
وان لم يسمه لا الزرع الا بالتسمية بشرا الارض لان الشجر متصل بها
للقرار فاشبه البنا والزرع متصل بها للفصل فاشبه متاعا فيها
ولا الثمر بشرا شجرته لان الاتصال وان كان خلقيا لكنه للقطع لا
للبقا فصار كالزرع الا بكل ما فيها او منها لانه حينيذ يكون من المبيع
لا بحقوقها لانه ليس منها لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا
لانه ليس بمنتفع به وتابع للارض فيكون كالوصف فلا يجوز ايراد
العقد عليه بانفراده وان باع على ان يترك حتى يدرك لم يجز وكذا
الرطبة والبقول وبعدها يصح ان شرط تخلية المشتري اي تخلية
ارض البقل بان يقطعه او يرسل عليه دابته فتاكل حينيذ يصح لان
الشرط مقتضي العقد فلا يفسده ويجوز بيع حصته من شريكه
لوجود المقتضي وعدم المانع لانه بالنظر اليه كالاصل لاختلاطه
ملكها مطلقا اي سوا بلغ اوان الحصاد اولا ومن غيره بغير اذنه

اي لم

ان لم ينسخ الي الحصاد فانه حينيذ سيقلب الي الجواز كما اذا باع الجذع والسقف ولم ينفسخ البيع حتي اخرجه وسلمه ولو كان الزرع والارض مشتركا فباع نصف الارض مع نصف الزرع من شريكه او اجنبي بغير رضي شريكه جاز وقام المشتري مقام البايع ثم بيع نصف الزرع بدون الارض انما لا يجوز في موضع كان لصاحبه الزرع حق القرار فيه بان زرع في ملك نفسه اما اذا كان متعديا في الزراعة كالغاصب فجاز بيع النصف كذا في الخلاصة كذا منفرد باع كله اي جاز بيعه ايضا ان لم ينسخ الي الحصاد اذ حينيذ يرتفع الفساد باع سمكة فيها درة لم تدخل في البيع يعني اصطاد سمكة في بطنها درة ملك السمكة والدرة لثبوت اليد عليها فلو باع السمكة لم تدخل الدرة في البيع لانها ليست من اطرافها كذا في الهداية والكافي في باب الركاز صح بيع البر في سنبله والباقلا بتشديد اللام والقصر واذا قلت الباقلا بالمد خففت اللام كذا في الصحاح والارز والسمسم في قشرها الاول وكذا الجوز واللوز والفستق وقال الشافعي لا يجوز ذلك كله وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز بيع ذلك كله له ان المقصود عليه مستور بما لا منفعة له فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه نهي عن بيع النخل حتي يزهو وعن بيع السنبل حتي يبيض ويامن العاهة وحكم ما بعد الغاية بخلاف حكم ما قبلها قال في العناية وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولي ان يستدل بقوله نهي فان النهي يقتضي المشروعية اقول فيه بحث لان المشروعية التي يقتضيها النهي عن الافعال الشرعية هي مشروعية الاصل مع عدم مشروعية الوصف وهو عين الفساد

فالدليل بخلاف المدعي لان المدعي صحة البيع والدليل يفيد فساده بل الصواب ان يقال ان الاستدلال به مبني علي ما قال صاحب المجمع في البديع ان الغاية عندنا من قبيل الاشارة لا المفهوم او علي ما قال صاحب التلويح في بحث المعارضة والترجيح ان مفهوم الغاية متفق عليه وصح بيع ثمرة وان لم يبد صلاحها لانها مال متقوم حالا او مالا ولزم علي المشتري قطعها اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وشرط ابقايها علي الشجر حال البيع يفسده لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري وجده اي الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به اي بالثمن يعني اذا باع سلعة بثمن فله حق حبسها حتي يستوفي ثمنها فان سلمها الي المشتري بطل حقه في الحبس وليس له استرجاع السلعة وانما له المطالبة بالثمن فلو قبض الثمن وسلم المبيع ثم وجد الثمن زيوفا لم يكن استرجاع السلعة وانما له المطالبة بحقه وقال زفر له ذلك قبض زيوفا بدل الجياد يعني كان له علي اخر دراهم جياد فاستوفي زيوفا علي انها جياد فاتلفها ثم علم انها زيوف اذ كانت قايمة يردها ويسترد الجياد والا اي لا يرد ولا يسترد وقال ابو يوسف يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد لان الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربا ولا وجه لابطال حقه في الجودة لعدم رضاه فكان النظر فيما عيناه ولهما ان قضا الدين حصل بقبض جنس حقه وبعد العلم حقه في فسخ ذلك القضا وهو ممتنع لهلاك ما به حصل القضا وانما قال زيوفا لانها لو كانت رصاصا او ستوقة ترد اتفاقا وانما قال ثم علم لانه لو علم عند القبض انها ستوقة سقط حقه اشتري شيا وقبضه ومات

بدا صلاحها بان امنت العاهة والفساد

اي وان لم يكن فاسدا بل كان الشرط فاسدا او كانت ستوقة او ... [illegible]

١٤٥

مفلسا قبل نقد ثمنه فالبايع اسوة للغرما يعني اشترى شيا وقبضه
ولم ينقد الثمن حتى مات مفلسا فالبايع اسوة للغرما يقتسمونه ولا
يكون البايع احق به وعند الشافعي هو احق به وانما قال فقبضه
ان لو لم يقبضه فالبايع احق به اتفاقا باب
خيار الشرط والتعيين اعلم ان البيع تارة يكون لازما واخرى
غير لازم فاللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرايطه وغير اللازم ما فيه الخيار
ولكون اللازم اقوى قدمه ثم ذكر خيار الشرط والتعيين واراد بالاول
ان يكون العاقد مخيرا بين قبول الاصل في العقد ورده واراد بالثاني
ان يشتري احد الشيين او الثلاثة على ان يعين ايا شا وقدمها على
باقي الخيارات لانها يمنعان ابتدا الحكم ثم ذكر خيار الروية لانه يمنع تمام
الحكم واخر خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وخيار الشرط انواع فاسد
وفاقا كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على
اني بالخيار ابدا وجايز وفاقا وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام
فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه
فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى جايز عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى جاز اي خيار الشرط للمتبايعين اي لكل
منهما معا فلا يوجد البيع ما لم يرضيا ولاحدهما ولغيرهما كما ياتي
الى ثلاثة ايام اي الى اخرها لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ اذا
بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام وجه الاستدلال ان شرط
الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم ثلاثة وجه فيكون مفسدا له
لكنه جوز بهذا النص الدال على الخيار في البيع والشرا بلفظ بايعت على

هذا مناف افة الحكم الى سببه كصلاة الظهر

لا خلابة بكسر الخا الخداع

١٤٦

على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه لا اكثر وقالا يجوز
اذا سمي مدة معلومة وان اجاز اي من له الخيار بعد العقد الى اكثر من ثلاثة
ايام فيها اي ثلاثة ايام جاز البيع لزوال المفسد قبل تقرره وان اشتري
لم يدكره بالفا كما ذكر في الوقاية اشارة الى انه ليس من صور خيار الشرط
حقيقة ليتفرع عليه بل اورده عقيبه لانه في حكمه معنى على انه ان لم
ينقد الثمن الى ثلاثة فلا بيع صح والى اكثر لا الا ان ينقده في الثلاثة قالوا
لان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند
عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به اقول يرد قد على
ظاهره انك قد عرفت ان النص الوارد في شرط الخيار مخالف للقياس
وقد تقرر في كتب الاصول ان ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه
لا يقاس ودفعه ان المقرر في كتب الاصول عدم جواز القياس الجلي على
ما ثبت بخلاف القياس الخفي اذ قد تقرر فيها ايضا جواز الحاق حكم
حكم بما ثبت على خلاف القياس لغيره بطريق دلالة النص وبطريق الاستحسان
الذي هو القياس الخفي وكل منهما محتمل هاهنا كما لا يخفى على الناظر المتامل
ولا يخرج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار
ولهذا لو اعتقه البايع نفذ ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن
البايع فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمن قيمته لانفساخ
البيع بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا
في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع هلك عليه وانفسخ
البيع ولا شي على المشتري كما في البيع المطلق ويخرج المبيع عن ملك البايع
بخيار المشتري يعني اذا كان الخيار للمشتري فقط يخرج المبيع عن ملك البايع

لعله في الثمن

او المثل ان كان مثليا

للزوم

للزوم البيع في جانبه بانتفا الخيار فان هلك المبيع عنده اي المشتري ضمن الثمن فان الهلاك لا يخلوا عن مقدمة عيب وسياتي انه اذا دخله عيب يمتنع الرد واذا امتنع لزوم العقد وتم فيلزم الثمن المسمي بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لان الخيار اذا كان له يهلك والبيع موقوف كما مر فتلزم القيمة ولا يملكه اي لا يملك المشتري المبيع وقالا يملكه لانه خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري كان ملكا بلا مالك ولا نظير له في الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه فلو دخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد حكما للمعاوضة ولا نظير له في الشرع ورجح هذا بان الخيار انما شرع نظرا للمشتري ليتروي فيقف علي المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه وله اي لعدم تملك المشتري المبيع فروع الاول لو اشتري زوجته لم يفسد النكاح لعدم ملك اليمين المزيل له الثاني ان وطيها اي وطي المشتري بالخيار زوجته جاز له ردها لان وطيه بالنكاح لا بملك اليمين لا يمنع الرد الا في البكر لانه تعييب وسياتي انه يبطل الرد الثالث قريبه لا يعتق عليه في المدة لعدم الملك فيها والعتق مرتب عليه الرابع كذا اي لا يعتق ايضا من شراه قايل ان ملكت عبدا فهو حر لعدم وقوع الشرط الخامس حيضها في المدة لا يعد من الاستبرا لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولم يثبت السادس ان ردة الامة المشتراة به اي بالخيار علي البايع فلا استبرا عليه ان لم يملكها المشتري لتجدد الملك فيجب الاستبرا من البايع ولدت في المدة بالنكاح لم تصر ام ولد يعني ان اشتري زوجته بالخيار فتملكه فولدت في ايام الخيار في يد البايع لم تصر ام ولد للمشتري فيملك الرد وانما قلنا في يد البايع لانها لو ولدت في يد المشتري لزم البيع

١٤٨

للاذن لهما بما يتعلق بالخيار و من الخيار

ويبطل الخيار لان الولادة عيب الثامن انه اي المبيع بالخيار يهلك على البائع
ان قبضه المشتري باذنه او اودعه عنده اي عند البائع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك التاسع بقي خيار ماذون شري وابراه بايعه عن ثمنه
في المدة اي ان اشترى عبد اماذونا شيا بالخيار وابراه بايعه عن ثمنه
في مدة الخيار بقي خياره لانه لما لم يملكه كان رده في المدة امتناعا عن التملك
وللماذون ولاية ذلك فانه اذا وهب له شي فله ولاية ان لا يقبله العاشر
بطل شرا ذمي من ذمي خمرا بالخيار فاسلم سوا كان بايعا او مشتريا او اجنبيا
فله ان يفسخ وله ان يجيز فاذا اراد الاجازة يجيز بلا علم صاحبه ولا ينقض
بدونه اي بدون علمه ولو كان غايبا وقال ابو يوسف والشافعي له النقض
ايضا بدونه كالاجازة ولانه مسلط عليه من قبله ولهذا لا يشترط رضاه
كالوكيل بالبيع فله ان يتصرف فيما وكل به بلا علم الموكل لانه مسلط عليه من
قبله ولهما انه تصرف في حق الغير بالدفع ولا يعري عن الضرر لان الخيار
ان كان للبايع جاز ان يعتمد المشتري تمام العقد فيتصرف فيه فيلزمه
غرامة القيمة بهلاك المبيع وان كان للمشتري جاز ان لا يطلب البايع لسلعته
مشتريا وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه كعزل الوكيل بخلاف الاجازة
اذ لا الزام فيها مع انه موافق له فيها ولا نسلم انه مسلط عليه من قبله
كيف وهو بنفسه لا يملك النقض وانما ينفض لكون العقد غير لازم وعورض
بان ما ذكرتم من الزام الضرر وارد على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه
وهو انه لو لم ينفرد بالنقض لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي
المدة فيلزمه البيع اجيب بانه ضرر مرضي به حيث ترك الاستيثاق
باخذ الكفيل مخافة الغيبة وان نقض العقد من له الخيار فلو علمه اي علم

الآخر

الاخر النقض في المدة انتقض العقد لحصول العلم به والا اي وان لم يعلم
به في المدة بل بعدها تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ ولا يورث هذا اي خيار
الشرط بمعنى ان العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث
حال حياته فاذا كان الخيار للبايع ومات ملك المشتري المبيع ولا ينازع وارث
البايع واذا كان للمشتري ومات ملك وارث المشتري بلا خيار فان قيل كيف ملكه
الوارث والمورث لم يكن مالكا قلت العقد الموجب للملك كان موجودا في
حقه ولكن الخيار كان مانعا فاذا بطل الخيار في الوارث ظهر اثر الموجب حق ع
للملك فيد ر وقال الشافعي يورث عنه لانه حق من حقوق البيع كخيار
العيب والتعيين واجمعوا انه لو مات من عليه الخيار وهو من لا خيار
له يبقى الخيار ولنا ان الارث فيما يقبل الانتقال والخيار ليس الا مشية
وارادة ولا ارث في خيار العيب والتعيين كما سياتي ولا يورث ايضا خيار
الروية لانه ليس الا مشية وارادة حتى ان المشتري لو مات قبل الروية
فليس لورثته الرد بعدها كما كان له الخيار ولا خيار التعيين لما ذكر
بل يثبت للوارث ابتدا الاختلاط ملكه بملك الغير واذا بطل الخيار لزم
البيع وتم ولا خيار العيب بل المورث استحق المبيع سالما فكذا الوارث
لقيامه مقامه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد
موت المورث وان لم يثبت للمورث شرطه اي الخيار احدهما يعني
ان احد العاقدين اذا شرط الخيار لغيرها جاز فاي من العاقدين
او الغير اجاز او نقض صح استحسانا والقياس ان لا يصح وهو قول زفر
لان الخيار من احكام العقد فلا يصح اشتراطه للغير كالثمن وجه الاستحسان
ان الخيار لغير العاقد يثبت بالنيابة عنه فيقدم الخيار للعاقد اقتضا

فيجعل هو نا يبا عنه تصحيحا لتصرفه فيكون لكل منهما الخيار وفي اجازة
احدهما من الاصيل والنايب وهو الغير ونقض الاخر الاول اولي لوجوده
في زمان لا يزاحمه غيره فيه وفي المعية اي ان خرج الكلامان منهما معا
يعتبر تصرف العاقد في رواية لان النايب يستفيد التصرف منه وتصرف
الناقض في اخري لان المجاز يلحقه النقض والمنقوض لا تلحقه الاجازة
فاذا اجتمعا كان النقض اولي كنكاح الحرة مع نكاح الامة اذا اجتمعا كان
نكاح الحرة اولي لانه يرد علي نكاح الامة بلا نكاح عكس ولان الاحتياط
فيه ان الفسخ يوجب الحرمة علي المشتري والاجازة توجب الاباحة والمحرم
راجح علي المبيح باع عبدين بالخيار في احدهما ان فصل اي الثمن وعين
اي محل الخيار صح اي العقد والا فلا وهذا علي اربعة اوجه احدها ان لا يفصل
ولا يعين ما فيه الخيار وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن لان ما فيه الخيار كالخارج
عن العقد لانه مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو
مجهول وثانيها ان يفصل الثمن ويعين ما فيه الخيار وهو جايز لكون
المبيع والثمن معلومين وقبول العقد فيما فيه الخيار وان كان شرطا،
لانعقاد العقد في الاخر لكنه غير مفسد لكونه محلا للبيع كالجمع بين قن
ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع عكسه وهو فاسد فيهما
لجهالة المبيع او الثمن وان اشتري كيليا او زنبا او عبدا واحدا علي انه
بالخيار في نصفه صح فصل الثمن اولا لان النصف من الشي الواحد،
لا تتفاوت قيمته فاذا كان ثمن الكل معلوما كان ثمن النصف ايضا معلوما ايضا لا تتفاوت صح
فالمبيع معلوم اذ الشيوع لا يمنع الجواز كذا في الكافي وصح التعيين فيما
دون الاربعة وهذا خيار التعيين يعني اشتري ثوبين علي ان باختلافهما

خديه لا يجتمع لانه الاجازات اصله بالحل من الاسعر

الثمن

شا

شيا بعينه جاز وكذلك الثلاثة استحسانا وان كانت اربعة فسد وهو القياس
في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان انه في معنى
شرط الخيار اذ الجواز ثمة للحاجة الى التامل ليختار الارفق والاوفق
مع انه مخالف لمقتضى العقد فكذا يحتاج هنا الى اختيار من يثق به او من
يشتريه له فجواز المبيع على هذا الوجه دفعا للحاجة والجهالة انما توجب
الفساد اذا كانت مفضية الى النزاع واذا شرط الخيار للمشتري فهي
لا تفضي الى النزاع لان الامر صار مفوضا اليه فيختار ايا شاء والحاجة تندفع ويرط الاخوم
بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والردي والوسط وفي الاربعة لم يوجد النزاع
لكن لم توجد الحاجة وهذه الرخصة قايمة بهما فلا تحصل باحدهما ثم قيل
يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط وقيل لا يشترط واذا لم يذكر
خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده ومدة
معلومة عندهما اشتريا بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني اشترى
رجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس
للاخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له الرد وكذا خيار العيب يعني اذا
اشتري عبدا فظهر عيبه فرضي احدهما لا الاخر والروية يعني اشتريا
شيا لم يرياه فراه احدهما فرضي لا الاخر فانهما ايضا على هذا الخلاف
لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن
وكل منهما يحتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره
لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرره وله ان المشروط خيارهما لا خيار
كل منهما بالانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد اقول تحقيقه ان الخيار تصرف

يحتاج فيه الي الراي كالبيع والخلع ونحوها وكل ما هو كذلك اذا فوض الي
رجلين لا يستبد واحد منهما فيه كالوكالة فانه اذا وكل رجلين بالبيع
ونحوه لا يقدر احدهما علي التصرف بدون الاخر لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما
بخلاف التوكيل بطلاق زوجته بلا عوض او رد الوديعة او نحوها فانه
لا يحتاج الي الراي بل تعبير محض وعبارة الواحد والاثنين فيه سوا ويبطله هوح
اي خيار الشرط الاخذ بالشفعة دارا مفعول الاخذ بيعت صفة دار
بجنبه حال من دار او صفة لها ما شرط الخيار فيه وهي الدار المشتراة
يعني من اشتري دارا علي انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها
بالشفعة فهو رضي لان طلب الشفعة دليل اختياره الملك فيها لان ثبوته
لدفع ضرر الدخيل وهو بالاستدامة فتتضمن سقوط الخيار سابقا
عليه فيثبت الملك من وقت الشرا بالاستناد فتبين ان الجوار كان ثابتا
بخلاف خيار الروية فانه لو اشتري دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها
فاخذها بالشفعة له ان يرد الدار الاولي بخيار الروية ولو عرض علي بيع ..
لا يبطل ايضا خيار الروية ويبطل خيار الشرط سقط الخيار ولو قال لانه لو قال ابطلت خيار الشرط ح
ابطلت خيار الرو ية سقط الخيار لم يبطل قبل الروية لان ثبوته موقوف
علي الروية كما سياتي كذا في غاية البيان ويبطله ايضا تعيبه اي تعيب
ما شرط فيه الخيار بما اي بعيب لا يرتفع كقطع يده فان الرد حينئذ
يمتنع حتي لو مرض وزال جاز رده ويبطله ايضا مضي المدة لان الخيار
لم يكن له الا فيها كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد
مضيه ويبطله ايضا تصرف لا ينفسخ كالاعتاق والتدبير او تصرف

لايحل الا في الملك كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة او تصرف لاينفذ الا
فيه اي في ذلك الملك كالبيع والرهن والاجارة والهبة فان كلا منها دليل
اختيار الملك واستيفائه لا اللبس والركوب مرة ونحو ذلك فانه
يفعل للامتحان والتجربة فلا يدل علي الاستيفا ا شتري بالخيار الي الغد
دخل اي الغد فيكون مخيرا في الغد ايضا وكذا اذا قال الي الظهر او الليل
دخل الظهر والليل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالي وعندهما لا يدخل لان
الغد ونحوه جعل غاية والغاية لاتدخل في المغيا كالليل في الصوم ولدان آنها
الغاية اذا كانت لمد الحكم اليها لاتدخل كالليل في الصوم فانه يتناول صوم
ساعة فاذا قيل الي الليل مد الحكم الي موضع الغاية واذا كانت لاخراج
ما وراها بقي موضع الغاية داخلا كما في المرافق فان مطلق الايدي يتنظم
الاباط فكان ذكر الغاية لاخراج ما وراها فبقي موضع الغاية داخلا:
وهنا لو اقتصر علي انه بالخيار يثبت الخيار موبدا فيفسد البيع فاسقطت
الغاية ما وراها بخلاف التاجيل فانه لو باع موجلا الي رمضان لم يدخل
رمضان فان مطلق التاجيل بان قال بعتك موجلا ولم يوقته لايتابد
بل يصرف الي نصف يوم او ثلاثة ايام او شهر وبالشهر يعني فكانت الغاية
لمد الحكم اليها فلم يدخل والقول للمنكر في الخيار يعني اذا اختلف العاقدان
في اشتراط الخيار فالقول لمن ينكره مع اليمين في ظاهر الرواية لان الخيار
لايثبت الا بالشرط فكان من العوارض فكان القول لمن ينفيه كما
في دعوي الاجل والمضي اي اذا اختلفا في مضي المدة فالقول لمنكره لانهما تصا دقا
علي ثبوت الخيار ثم ادعي احدهما السقوط بمضي المدة فكان القول للمنكر
والزيادة يعني اذا اختلفا في قدره فالقول لمن يدعي اقصر الوقتين لان

الاخر يدعي زيادة شرط عليه وهو ينكر اشترى عبدا بشرط خبزه او
كتبه ووجد بخلافه اخذ بثمنه او تركه لانه وصف مرغوب فيه فيستحق
النظر بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه وذلك
بان لا يقدر على الخبز والكتابة قدر ما ينطلق عليه اسم الخباز والكاتب فحينئذ
يخير بين القبول بجميع الثمن وبين الرد اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب
كشرائه شاة على انها حلوب او لبون ولم توجد كذلك فانه يخير لما ذكر بخلاف
شرائها على انها حامل او تحلب كذا رطلا حيث يفسد العقد لان ذلك ليس
من قبيل الوصف بل من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة اشترى
جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قايلا بانها المشتراة فتنازع البايع والمشتري
فقال البايع غيرت والمبيعة ليست هذه وانكر المشتري التغيير وليس
للبايع بينة فالقول له اي للمشتري مع اليمين وجاز للبايع وطيها لان
المشتري لما ردها رضي بتمليكها من البايع بدل الثمن فكان للبايع ان يتملكها
في الواقعات اهـ

باب خيار الرؤية

جاز البيع
والشرا لما لم يره اي البايع والمشتري يعني يجوز ان يبيع رجل شيا ملكه
ولم يره كما اذا ورثه وكذا يجوز ان يشتري رجل لم يره لما روي ان عثمان
رضي الله تعالى عنه باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبد الله رضي الله تعا
عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل
لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه فكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين حضر اي سوى حضر المبيع
الغير المرئي في المجلس بان يكون زيتا في زق او برا في جوالق او دواة

في

في حقه او ثوبا في كم او جارية منتقبة واتفقا انه موجود في ملكه ولم يري
المشتري شيا منه او غاب المبيع عن المجلس واشير الي مكانه الخالي عن
سمية اي ليس في ذلك المكان مسمي بذلك الاسم غيره وللمشتري الخيار عندها
اي عند الرؤية فان شا اخذ وان شا رد وقال الشافعي اذا لم يره لم يصح
المجوزة العقد لجهالة المبيع ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا يزاد قيد
الرؤية عليها لانها من النسخ وقد روي انه صلي الله عليه وسلم قال من اشتري
شيا لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة انما تفسد اذا افضت الي النزاع
كما في شاة من القطيع واما اذا لم تفض اليه فلا كقفيز من الصبرة والجهالة
بعدم الرؤية لا تفضي اليه اذ لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه بان اشتري ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه وان رضي
قبلها يعني اذا قال رضيت ثم راه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت قبلها كذا قالوا اقول فيه بحث اما اولا فلما تقرر في
الاصول ان كل ما دخله حرف الشرط لا يجب ان يكون شرطا بمعني ما يتوقف قف
عليه وجود الشي حتي يلزم من انتفائه انتفا المشروط واما ثانيا فلان
هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لا نقول به فالوجه ان يقال لو لزم
العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص
فما يؤدي الي ابطاله كان باطلا دون البايع اي ليس له خيار الرؤية لما
مر من قضا جبير بن مطعم رضي الله تعالي عنه ولا يتوقت اي ليس له
وقت معين لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت فيه
زيادة علي النص فيبقي الي ان يوجد مبطله ولا يثبت الا في الشرا والا جارة
والقسمة والصلح عن دعوي المال علي شي معين لان كلا منها معاوضة

وكفي رؤية ما يعلم به المقصود فان رؤية جميع المبيع غير لازم لتعذره
فيكتفي برؤية ما يدل علي العلم بالمقصود فان كان المبيع اشيا فان لم تتفاوت
احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج اكتفي برؤيه واحد
منها الا اذا كان الباقي اردي مما راي فحينئذ يكون مخيرا وان تفاوت
كالثياب والدواب لزم رؤية كل واحد والجوز واللوز من هذا القبيل
فيما ذكره الكرخي وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة
والشعير لكونهما متقاربين اذا تقرر هذا فنقول ما يعلم به المقصود
كوجه الصبرة لانه يعرف حال البقية وان وجدت اردي منه خير
ووجه الرقيق لان الوجه هو المقصود في الادمي ووجه الدابة وكفلها
لانهما المقصودان في الدابة وشرط بعضهم رؤية القوايم والاول هو المروي
عن ابي يوسف وكضرع شاة القنية عطف علي كوجه فانه ايضا
مما يعلم به المقصود فتكفي رؤيته وظاهر ثوب مطوي غير معلم
لانه ايضا يعرف البقية اما اذا كان في باطنه ما يكون مقصودا
كموضع العلم فلابد من رؤية موضع علمه معلما قوله وجس عطف
علي رؤية اي كفي جس شاة اللحم لان المقصود وهو اللحم يعرف به
وذوق ما يطعم لانه المعرف للمقصود لا اي لا يكفي خارج الدار او صحنها
بل يجب رؤية جميع بيوتها وما روي من عدم الخيار لمن راي صحن
الدار او خارجها فانما هو علي عادة القدما في الابنية فان دورهم
يومئذ لم تكن متفاوتة فالنظر الي الظاهر كان يوقع العلم بالداخل
فاما اليوم فليس الامر كذلك او رؤية الدهن في الزجاج فانها لا تكون
رؤية للدهن حقيقة لوجود الحايل وكفي نظر وكيله بالقبض لو كيله
بالشرا

والانموذج لحرقاموس
التفاوت

بالشرا الا انظر رسوله اعلم ان ها هنا وكيلا بالشرا ووكيلا بالقبض
ورسولا صورة التوكيل بالشرا ان يقول الموكل كن وكيلا عني بشرا كذا
وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته
وما رايته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عني بقبضه
وروية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع وروية الوكيل الثاني
تسقطه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا قبضه ناظرا اليه حقيقة
ليس له ولا للموكل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم راه
فاسقط الخيار فانه لا يسقط لانه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل
بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا وان
ارسل رسولا يقبضه فقبضه بعد ما راه فللمشتري ان يرده وقالا
الوكيل بالقبض والرسول سوا في ان قبضهما بعد الروية لا يسقط خيار
المشتري صح عقد الاعمى اي بيعه وشراوه وسقط خياره اذا اشترى
بجسه فيما يدرك بالجس وشمه فيما يدرك بالشم وذوقه فيما
يدرك بالذوق ووصف العقار ولا عبرة لوقوفه في مكان لو كان بصيرا
لراه كما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ونظر وكيله لانه كنظره
راي احد الثوبين فاشتراهما ثم راي الاخر فوجده معيبا فله ردهما
لا غيرا اي لا رد المعيب وحده كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها
فانها لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده شرى ما راى اي
ما راه قبل الشرا ان تغير خير لانه اشترى مالم يره اذ بالتغير صار
شيا اخر والا اي وان لم يتغير فلا خيار له لانه اشترى شيا راه الا اذا اي لانه
لم يعرف انه الذي اشتراه راه قبل العقد لانه لم يرض به وان اختلفا

في التغير فقال المشتري قد تغير وقال البايع لم يتغير فالقول للبايع مع
يمينه وعلي المشتري البينة لان سبب لزوم العقد وهو الروية السابقة
ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر هذا اذا كانت المدة
قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فان بعدت بان راي امة شابة
ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البايع انها لم تتغير فالقول للمشتري لان
الظاهر شاهد له او اختلفا في الروية فللمشتري اي القول له مع يمينه
لانه ينكر امرا حادثا وهو الروية مشتري عدل ثوب وقبض فباع
ثوبا منه او وهب وسلم لم يرده اي العدل بخيار روية او شرط بل
بعيب لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل تمامها لان الخيار ين يمنعان تمامها كما مر واما في العيب فلا
يمنع تمامها كما مر بعد القبض وفي وضع المسئلة لانه لو كان قبل
القبض لما جاز التصرف فيه فان عاد الثوب الذي باعه المشتري اليه
بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني اليه [redacted] بالعيب بالقضا
اورجع الاول في الهبة فهو اي مشتري العدل علي خياره فجاز ان يرد
الكل بخيار الروية لارتفاع المانع من الاصل وهو لزوم تفريق الصفقة
وعن ابي يوسف ان خيار الروية لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه
اعتمد القدوري ويبطله اي خيار الروية مبطل خيار الشرط وقد مر
ذكره مطلقا اي سواكان قبل الروية او بعدها ويبطله ما لا يوجب
حق الغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم بعد الروية لا قبلها
لان هذه التصرفات لا تزيد علي صريح الرضا وهو انما يبطله بعد الروية
واما التصرفات الاول فهي اقوي لان بعضها لا يقبل الفسخ وبعضها

اوجب

اوجب حق العبد فلا يمكن ابطاله كذا طلب الشفعة بما لم يره اي يبطله بعد الرؤية
لا قبلها

باب خيار العيب

متن وجد بمشتراه
ما ينقص ثمنه عند التجار وهو العيب المعتبر شرعا والمراد به عيب كان عند
البايع ولم يره المشتري حين البيع ولا عند القبض لانه رضي اخذه بكل الثمن
او رده لان مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع فاذا فاتت خير لئلا يتضرر
بلزوم ما لا يرضا به لا غير اي لا امساكه واخذ نقصانه لان الاوصاف
لا يقابلها شي من الثمن الا اذا كان مقصودا بالتناول كما مر وسياتي
كالاباق ولو الي ما دون السفر والبول في الفراش والسرقة وكلها تختلف
بالصغر والكبر فان كلا من هذه الاشيا اذا وجد من صغير غير مميز لا يكون
عيبا وان كان مميزا فيكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد بلوغه
كان عيبا حادثا فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فاذا حصل عند البايع
في الصغر وعند المشتري في الكبر لا يرده المشتري علي البايع بناء علي انه عيب
قديم وكالجنون وهو لا يختلف بهما اي بالصغر والكبر يعني اذا حصل في يد
البايع في الصغر وعاود في يد المشتري في الكبر يكون عيبا واحدا يرده به علي
البايع لانه لفساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في
الدماغ وهو لا يختلف باختلاف السبب وكالبخر نتن رائحة الفم والذفر والذفر
بالذال المعجمة وتحريك الفا نتن رائحة الابط والزنا والتولد منه اي
من الزنا فيها لان المقصود قد يكون للاستفراش وهي مخلة به دون
الغلام فانهما ليست بعيب فيه اذ المقصود منه الاستخدام وهي لا تخل
به الا ان يفحش الاول لان فيه بحيث لا يكون في الناس مثله الا نادرا فانه يكون
لداء في البدن وهو ينقص الثمن ويكون الزنا عادة له لان اعتياده يخل

بالخدمة والكفر اي وكالكفر فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه
يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة ولو اشتراه على انه كافر فوجده
مسلما لا يرده لان زوال العيب والسعال القديم لانه مرض ينقص الثمن
والدين لان ماليته تكون مشغولة بحق الغرما والشعر والماء في العين لانهما يضعفان
البصر وارتفاع حيض بنت سبع عشرة والاستحاضة لان كلا منهما لداء في
الباطن فلو حدث متعلق بقوله مشتر وجد بمشتراه اي بعد ما ظهر العيب
القديم لو حدث عيب اخر عند المشتري رجع المشتري بنقصانه اي نقصان
العيب بان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين
القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن
او رده على البايع برضى البايع الا المانع من رد المشتري واخذ البايع
كثوب شراه فقطعه فظهر عيب وجاز لبايعه اخذه كذلك اي مقطوعا
فلا يرجع مشتريه ان باعه اذ للبايع ان يقول انا اخذه معيبا فالمشتري
ببيعه يكون حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان وامة وطئها عطف على
كثوب شراه اي كامة شراها ولم يبرا من عيوبها فوطئها بكرا كانت او ثيبا
او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة فوجد بها عيبا حيث يرجع بالنقصان
ولا يردها الا برضا البايع اذ له ان يقول انا اخذها مع ذلك العيب اذ
ليس ههنا مانع من الاخذ كما كان فيما سياتي ثم بين المانع من الرد برضى
البايع بقوله فان خاطه اي المشتري المقطوع او صبغه بغير سواد قيد به
لتكون الزيادة في المبيع اتفاقا فانه لو صبغه اسود فكذا الجواب عندهما
لان السواد عندهما زيادة كالحمرة والصفرة وعنده السواد نقصان او
لت السويق بسمن وبالجملة خلط المشتري ملكه بملك البايع فظهر عيبه

القديم

القديم لا يأخذه اى البايع ويرجع به اى يرجع المشترى بنقصان
العيب ولا يتولى البايع ان يأخذه معيبا لاختلاط ملك المشترى بالمبيع
وهو الخيط والصبغ والسمن وفى العمادية ان الرد ممتنع من جهة
الشريعة لان المشترى يرده والبايع يقبله الا ان الشريعة
تمنعه عن الرد والفسخ لحصول الربا كما لو باعه اى المشترى
الثوب المخيط ونحوه بعد رؤية عيبه او مات العبد او عتقه قبلها
اى قبل رؤية عيبه مجانا او دبرا او استولدها فانه يرجع بالنقصان
فى هذه الصور اما فى البيع بعد الرؤية فان الرد كان ممتنعا
قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا للمبيع حتى لو كان
البيع قبل الخياطة كان حابسا واما فى الموت فلان الملك
ينتهى به وامتناع الرد يثبت كما لموت لا بفعله فلا يمنع
الرجوع واما فى الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان
وهو قول الشافعى لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل
وفى الاستحسان يرجع لان الاعتاق انهاء للملك اى تمام له
بخلاف البيع قبل الخياطة فانه قاطع لملك البايع الى غيره لا منه
للملك فى العبد ولهذا ملكه المشترى فصار البايع كالمستبقى
لملكه فلم يرجع بالنقصان وانما قلنا ان الاعتاق انهاء للملك
لان الملك فى الادمى ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ
ينتهى بمضى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا ثبت
الولاء بالعتق وهو من اثار الملك فبقاؤه كبقاء الاصل فى الملك
فالاعتاق لا يكون كالقتل بل كالموت واما فى التدبير والاستيلاد فلانهما
لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى

ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما
فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة
كما لو تعيب عنده وان اعتق على مال او قتل او اكل كل الطعام او بعضه
او لبس الثوب فتخرق لم يرجع اما في الاعتاق على مال فلانه حبس
بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع
لانه انهاء للملك وان كان بعوض واما الكتابة فلانها كالاعتاق
على مال لحصول العوض فيها وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب
لزوال المانع وهذا كما قالوا اذا ابق العبد المبيع ثم ظهر عيبه
لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف
مادام حيا لان رجوعه محتمل فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال
المانع واما في القتل وما بعده فالاصل فيه ان امتناع الرد اذا كان
بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه اذا كان مضمونا كان ممسكا
للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا له واذا
امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل الغير مضمون منه يرجع
لانتفاء امساكه ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن
وانما برئ عن الضمان ههنا بملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب
الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا واما الاكل واللبس فعلى
الخلاف لا يرجع عند ابي حنيفة وعندهما يرجع لانه في المبيع
ما يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله فلا يمتنع من الرجوع كالاعتاق
وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع كالاحراق
والقتل شرى نحو بيض وبطيخ وجوز فاسدا ينتفع به في الجملة
ولو بالنظر الى الدواب فله نقصانه اي لا يرده لان الكسر عيب حادث
ولكنه يرجع بالنقصان دفعا للضرر بقدر الامكان والا اي وان لم

ينتفع

ينتفع به اصلا فكل الثمن اى فللمشترى كل الثمن لانه ليس
بمال فالبيع باطل ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره كما قيل لان
ماليته باعتبار اللب باع مشتريه ورد عليه بعيب بقضاء
متعلق بقوله رد بعد ما تعلق به قوله بعيب رد على بايعه
يعنى باع عبدا ابتاعه المشترى ثم رد عليه بعيب فاما ان يكون
قبل بقضا القاضى اولا فان كان الاول فاما ان يكون باقرار يعنى
ان المشترى الثانى ادعى على البايع الثانى اقراره بعيب
والبايع انكره فاثبته المشترى بالبينة وانما احتيج الى
هذا التاويل لانه اذا ثبت باقراره لا يكون الرد محتاجا
الى القضا بل يرد عليه باقراره بالعيب فلا يكون له ان يرده على
بايعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او بنكول وفى كل منهما
له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثانى
كالمعدوم والبيع الاول قايم فكذا الخصومة والرد بالعيب غاية
الامر انه انكر قيام العيب فلزم التناقض لكنه صار مكذبا
شرعا بقضا القاضى فارتفع التناقض وصار كمن اشترى شيئا
واقر ان البايع باع ملكه بنفسه ثم ظهر المستحق لا يبطل حقه
فى الرجوع على البايع بالثمن وان كان الثانى وهو ان يكون الرد برضى من
المشترى لا اى ليس له الرد على بايعه لانه اقالة وهو بيع جديد
فى حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا كان رده المشترى
الثانى على الاول بعد القبض اما اذا رده قبله فلا فرق بينهما سواء
كان الرد بقضا او بغيره لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل فى

حق الكل فصار كالرد بخيار الرؤية او بخيار الشرط ثم اذا رده
عليه بغير قضا بعيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة ليس
ان يخاصم البايع هو الصحيح قبض مشتريه وادعى عيبا لم يجبر
المشتري بمجرد دعوى العيب على دفع ثمنه اذ لو دفعه فلعل العيب
يظهر فينتقض القضا فلا يقضي به صونا للقضاء عن الانتقاض
بل يبرهن على ثبوت العيب فيرد المعيب ان امكن والا يرجع
بالنقصان كما مر او يحلف المشتري البايع على عدم العيب
ان لم يكن له شاهد ويدفع الثمن وان كان له شاهد وغاب شهوده
دفعه ايضا اي الثمن ان حلف بايعه لان في الانتظار ضررا بالبايع
وليس في الدفع كثير ضرر بالمشتري لانه متى اقام البينة رد عليه
المبيع واخذ ثمنه ولزم عيبه ان نكل لانه حجة في الزام العيب
قد وقعت العبارة في الهداية هكذا ان اشترى عبدا فقبضه
فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري
بينته وقد تكلفوا في توجيهها ما تكلفوا والحق انها من قبيل
اللف والنشر التقديري تقديره لم يجبر المشتري على دفع الثمن
ولا يكون للمشتري حق الرد على البايع حتى يحلف البايع او يقيم
المشتري بينته وهذه فايدة افادها صاحب كشف
الكشاف في تحقيق قوله تعالى يوم ياتي بعض ايات ربك
لا ينفع نفسا ايمانها لم تكن امنت من قبل او كسبت في ايمانها
خيرا انه من قبيل اللف والنشر التقديري والمعنى لا ينفع نفسا
ايمانها ولا عملها لم تكن امنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا ادعى

اباقا

ابا فما يعني اشترى عبدا فادعى انه ابق واراد تحليفه البايع
على انه لم يابق عنده اى المدعي لم يحلف البايع حتى يثبت المدعى
انه ابق عنده اى عند نفسه لان القول وان كان قول البايع
لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشترى
ومعرفته تكون بالبينة ثم اذا اثبته حلف اى البايع على البتات
مع انه فعل الغير قال شمس الايمة الحلواني التحليف على فعل الغير
يكون على العلم مطردا في جميع المسايل الا في دعوى الاباق حيث
يحلف على البتات لان البايع يدعي تسليم المبيع سليما فالتحليف
يرجع الى ما ضمن بنفسه ويقال في التحليف بالله ما ابق قط
او ما له حق الرد عليك من دعواه هذه او لقد سلم وما به هذا
العيب لا بالله ما ابق عندك قط فان هذه العبارة وان
وقعت في الكتب لكن قال المتاخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه
يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيه ذهول
عنه ولا بالله لقد باعه وما به هذا العيب قد يحدث بعد
البيع والتسليم وهو موجب للرد ولا بالله لقد باعه وسلم
وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاول له
في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي حالة التسليم وان لم
يثبته متعلق بقوله حتى يثبت يعني ان لم يثبت انه ابق
عند نفسه يحلف بايعه عندهما انه اى البايع لا يعلم انه اى العبد
ابق عنده لان الدعوى صحيحة حتى يترتب عليها البينة فكذا اليمين
واختلفوا على قول الامام وله على ما قال البعض ان الدعوى لا تصح

الا من خصم ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب واذا نكل عن
اليمين تعتد بها يحلف ثانيا للطلب المشترى الرد عليه فان بنكوله
يثبت العيب عند المشترى فاذا اراد الرد على البايع بهذا
العيب يحلف البايع على البتات كما تقدم من قوله بالله ماله
حق الرد عليك فان حلف لا يرد وان نكل يرد عليه ثم ان الدعوى
ان كانت في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ كذا في الهداية
اقول ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة ايضا
كذلك لاشتراكهما في العلة واليه اشار في غاية البيان بقوله وذلك
لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة اختلفا اى
البايع والمشترى بعد التقابض في قدر المبيع يعنى اشترى عبدا وتقابضا
فوجد به عيبا فقال البايع بعتك هذا وآخر معه وقال المشترى
بعتنيه وحده وفايدة دعوى البايع جر نفع تخصيص الثمن على تقدير
الرد ولهذا قال وتقابضا المقبوض بان اشترى عبدين فقال البايع قبضتهما
وقال المشترى ما قبضت الا احدهما فالقول في الصورتين للمشترى لانه قابض
والقول للقابض كما في الغصب اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما
ووجد به او بالآخر عيبا اخذهما او ردهما ولو قبضهما رد المعيب فقط لان
تمام الصفقة بالقبض وقبل القبض لا يجوز تفريقها لانه يكون بيعا
بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وبعد القبض يجوز لانه يكون بيعا بالحصة
ابتداء وهو جائز كما تقرر في كتب الاصول قبض كيليا او وزنيا ووجد
ببعضه عيبا رد كله او اخذ لان المكيل او الموزون اذا كانا من جنس

واحد كانا كشيء واحد قيل هذا اذا كانا في وعائين كانا بمنزلة عبدين حتى يرد الوعا
الذي فيه المعيب لا الآخر ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون لم يخير
بعد القبض في رد ما بقي اذ لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام
الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا المالك واما اذا كان قبل القبض فله ان
يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وفي الثوب خير لان التبعيض فيه
عيب وقد كان وقت البيع وظهر بالاستحقاق اشترى جارية ولم يبرا
من عيوبها فوطئها او قبلها او مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها
مطلقا اي سوا كانت بكرا او ثيبا نقصها الوطئ او لا لان كلا منها عيب
حادث ويرجع بالنقصان لامتناع الرد الا اذا رضي البايع باخذها
لان الامتناع كان لحقه فاذا رضي زال الامتناع الحادث من العيب
اذا زال فالقديم يوجب الرد يعني اذا اشترى شيا فحدث فيه عيب
ثم اطلع على عيبه القديم لم يرده لان حدوث العيب عنده مانع
من الرد واذا زال جاز الرد لعود الممنوع بزوال المانع ظهر عيب مبيع
الغايب عند القاضي فوضعه عند عدل فهلك كان اي الهلاك على المشتري
الا اذا قضى بالرد على البايع يعني اشترى جارية من رجل وغاب البايع فاطلع
المشتري على عيب الجارية فرفع الامر الى القاضي واثبت عنده الشرا والعيب
فاخذها القاضي ووضعها على يد عدل فماتت في يده وحضر البايع ليس
للمشتري ان يسترد الثمن لان الرد على البايع لم يثبت لمكان غيبته فكان
الهلاك على المشتري قال في الخلاصة قلت ينبغي ان يكون هذا انما
اذا لم يقض القاضي بالرد على البايع بل اخذها منه ووضعها عند عدل اما
اذا قضى القاضي على البايع بالرد فينبغي ان يهلك من مال البايع ويسترد المشتري

١٦٨

الثمن لان اقتضى ما في الكتاب ان هذا قضا على الغايب من غير خصم ولكنه ينفذ في
اظهر الروايتين عن اصحابنا مدا وا داواة المعيب وعرضه على البيع ولبسه واستخدامه
وركوبه في حاجته رضا لان كلا منها دليل على الاستيفا ولو كان ركوبه للرد
لا اي لا يكون رضا لانه وسيلة الى الرد كالسقي وشرا العلف عن ضرورة
فانهما ان كانا عن ضرورة بان لا تساق ولا تنقاد او يكون العلف في عدل واحد لا يكون
رضا واذا عدم الضرورة يكون رضا قطع المقبوض اي قطع يد المبيع
المقبوض او قتل بسبب كان عند البايع رد المقطوع لبقاء عينه واخذ ثمنهما
اي ثمن المقطوع والمقتول يعني اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به
فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ ثمنه وقالا لا يرده بل يرجع بما بين
قيمته سارقا وغير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل في يد المشتري
بسبب وجد في يد البايع فهو بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما
لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية فينفذ العقد
فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل
في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق
قوله ولم يعلم به المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا
يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كما سياتي
في مباحث الاستحقاق باع بشرط البراة من كل عيب ولم يسم العيوب بعددها
صح وقال الشافعي لا يصح بناء على مذهبه ان الابرا عن الحقوق المجهولة لا يصح لان
فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة
في الاسقاط لا تفضي الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم
فلا يكون مفسدة ويدخل فيه اي في هذا الابرا العيب الموجود حال العقد

والحادث

والحادث بعد العقد قبل القبض عند ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث بعد العقد وهو قول زفر قال مشتري العبد لمن ساومه اشتره فلا عيب به صورته اشترى زيد من بكر غلاما فاراد ان يبيعه من بشر فقال لبشر حال المساومة اشتره فلا عيب به ولم يبع الغلام من بشر فوجد زيد به عيبا كان ينبغي ان لا يجوز رده على البايع لاقراره بعدم العيب لكنه يرده على بايعه ولا يبطله اي الرد الاقرار السابق بعدم لانه مجاز عن الترويج لظهور انه لا يخلو عن عيب ما فيتيقن القاضي بان ظاهره غير مراد له ولو عينه اي العيب بان قال لا عور به ولا سلل لا اي لا يرد لاحاطة العلم به الا ان لا يحدث مثله بان قال ليس به اصبع زايدة ثم وجد به اصبعا زايدة له ان يرد لتيقننا بكذبه كقوله لغيره قطعت يدك ويده صحيحة قال بايع عبد لاخر عبدي هذا ابق فاشتره مني فاشتراه وباع من آخر فوجده اي المشتري الثاني ابقا لا يرد بما سبق من اقرار البايع الاول ما لم يبرهن انه ابق عنده اي عند البايع الاول المقر لان الموجود من البايع الثاني السكوت عند اقرار البايع الاول واقراره ليس بحجة على المشتري الاول وهو البايع الثاني مشتر لعبد او امة قال اعتق البايع العبد او دبر او استولد الامة او حر الاصل وانكر البايع الحلف لعجز المدعي عن الاثبات قضي عليه اي على المشتري بالعتق والتدبير والاستيلاد لاقراره بما ذكر ورجع بالعيب الذي علم به لان المبطل للرجوع ازالته عن ملكه الى غيره بانشايه او اقراره ولم يوجد حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان ولخذه لا يرجع بالنقصان لانه اخراجه عن ملكه في الظاهر باقراره كانه وهبه كذا في الجامع الكبير باع

الامام او امينه غنيمة محرزة حتى لو لم تكن محرزة لم يجز بيعها لانها لم تملك كما مر في كتاب السير ووجد المشترى في المبيع عيبا لا يرد عليهما اى الامام وامينه لان الامين لا ينصب خصما بل الامام ينصب خصما ولا يحلفه لان فايدة الحلف النكول ولا يصح نكوله واقراره فاذا ثبت عليه العيب ورد يباع ويدفع الثمن اليه والنقص او الفضل يرجع الى محله اى ان نقص الثمن الاخر عن الاول ان كان المبيع من اربعة الاخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى منه وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه لان الغرم بالغنم

لقب الباب به وان كان فيه الباطل والموقوف والمكروه ايضا لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل ما لا يصح اصلا ووصفا ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى حتى لو اشترى عبدا بميتة وقبضه واعتق لا يعتق والفاسد ما يصح اصلا لا وصفا ويفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبدا بخمر وقبضه فاعتقه يعتق والموقوف ما يصح باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير والمكروه ما يصح باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهى عنه كالبيع عند اذان الجمعة اذا تقرر هذا فاعلم انه بطل بيع ما ليس بمال والبيع به اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه كالدم والريح والحر والميتة بسكون اليا الميتة بتشديد اليا اى الميتة التى ماتت حتف انفها فان الميتة التى لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة مال عند اهل الذمة كالخمر والخنزير كما سياتى والمعدوم ومنه حق التعلي فانه معدوم محض ومنه ايضا المضامين جمع مضمونة وهى ما فى اصلاب الفحول من الماء والملاقيح جمع ملقوحة وهى ما فى البطون من الجنين ويجب ان يحمل ههنا على ما سيكون والا كان حملا وسياتى ان بيع الحمل فاسد لا باطل والنتاج بكسر النون من نتجت الدابة على البنا للمفعول وهو حبل الحبلة وبيع امة تبين انه ذكر الضمير لتذكير الخبر عبد وعكسه وهو بيع عبد تبين انه امة

فان

فان الامة ليست بعبد وكذا العكس فيكون بيع معدوم وانما لم تكن
هذه الاشيا مالا لان المال موجود يميل اليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع
وهذه الاشيا ليست كذلك لان صفة المالية للشئ تثبت بتمول كل الناس
او بعضهم اياه والتقوم انما يثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد تثبت
صفة التقوم بلا صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى
لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها لعدم تمول الناس اياها كذا في الكافي
ومتروك التسمية عمدا فانه قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه
مجتهد فيه لخلاف الشافعي فيه كالمدبر فينفذ فيه البيع بقضاء القاضي
قلنا حرمته منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا
يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضا كذا في الكافي وما في حكمه اي حكم ما ليس بمال
عطف على ما ليس بمال كام الولد والمكاتب والمدبر فان بيع هولاء ايضا باطل
لكن ليس كبطلان بيع الحر فانه باطل ابتدا وبقا لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت
حقيقة الحرية وبيع هولاء باطل لحق الحرية لا ابتدا لعدم حقيقتها ولهذا اجاز
بيعهم من انفسهم فبطل ما قيل لو بطل بيع هولاء لكان كبيع الحر ولزم بطلان
بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر وذلك لانهم دخلوا في البيع
ابتدا لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته
من الثمن والبيع بالحصة بقا جائز كما مر بخلاف الحر فانه لما لم يدخل في البيع
لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتدا او انه باطل كما مر وسياتي وبيع مال
عطف على ما ليس بمال غير متقوم كالخمر والخنزير وميتة لم تمت حتف انفها
قيدها به ليكون مالا كالخمر والخنزير حتى لو ماتت حتف انفها لا تكون مالا
عند اهل الذمة ايضا بالثمن اي بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة متعلق
بقوله وبيع مال وانما بطل بيعها بالثمن لانه لا يفيد الحكم في طرف المبيع لان
المبيع هو الاصل في البيع لتوقف البيع على وجوده بخلاف الثمن والاصل ليس محلا

للتملك فكذا التبع لان ثبوته بالذمة انما يكون حكما للتملك بمقابلة تملك مال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم وان قوبلت بعين فسد البيع حتى يملك ما يقابلهما وان لم يملك عين الخمر والخنزير كما سيأتي وبطل ايضا بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف انفها قيدت به ليكون كالخمر وانما بطل بيع القن والذكية وان سمى ثمن كل لان الحر غير داخل في البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وصح بيع قن ضم الى مدبر او قن غيره وملك ضم الى وقف لانها محل البيع عند البعض فبطلانها لا يسري الى غيرها وبيع لا مجيز له حال العقد كبيع اب الصغير او وصيه ماله بغبن فاحش قال في العمادية فان كان بيعهم واجارتهم يعني الاب والجد ووصيهما والقاضي بمثل القيمة او باقل بقدر ما يتغابن الناس في مثله جاز وان كان بقدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز ولا يتوقف على الاجازة بعد الادراك لان هذا عقد لا مجيز له حالة العقد وبيع نفي فيه الثمن فانه اذا نفى فقد نفى الركن فلم يكن بيعا وقيل ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفي العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عنه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما سيأتي وحكمه اي حكم البيع الباطل ان المبيع به لا يملك اي لا يكون ملكا للمشتري لان الباطل لا يترتب عليه الحكم بخلاف الفاسد لما مر فان هلك المبيع عند المشتري لم يضمن لان المقبوض امانة عنده لان العقد اذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدي وقيل يكون مضمونا لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت به اشتريته بما ذكر اما اذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث قيل وعليه الفتوى كذا في العناية ثم لما فرغ عن بيان البيع الباطل شرع في بيان

١٧٣

البيع الفاسد تعالى وفسد ما اى بيع سكت اى وقع السكوت فيه عن الثمن فان البيع لا يبطل به بل ينعقد ويثبت الملك بالقبض لان مطلق البيع المعاوضة فاذا سكت كان غرضه القيمة فكانه باع بقيمته فينعقد ولا يبطل وفسد ايضا بيع عرض بالخمر وعكسه لان مشترى العرض انما يقصد تملك العرض بالخمر وفيه اعزاز للعرض لا للخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا فى تملك العرض لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة العرض لا الخمر وكذا اذا باع الخمر بالعرض بان ادخل الباء فى العرض اذ يعتبر شراء العرض لا الخمر لكونه مقايضة وفسد ايضا بيعه اى العرض بام الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك مشترى العرض العرض لانهم يدخلون فى العقد حتى لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كانوا احرارا لبطل وفسد بيع سمك لم يصد لانه بيع ما لا يملكه او صيد والقى فى ماء اى حظيرة لا يؤخذ منه الا بحيلة لانه غير مقدور التسليم وان اخذ بدونها صح لانه مقدور التسليم الا اذا دخل فى الحظيرة بنفسه ولم يسد مدخله لعدم الملك وفسد بيع طير فى الهوى ولا يرجع لا يجوز بيعه واما اذا كان له وكر عنده يطير منه فى الهوى ثم يرجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مال مقدور التسليم وفسد ايضا بيع الحمل جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه وفسد ايضا بيع امة الا حملها لما تقرر ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل كذلك لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يفسد به وفسد ايضا بيع لبن فى ضرع للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولؤلؤ فى صدف للغرر وصوف على ظهر الغنم لان النبى صلى الله عليه

نهى عنه وجذع في سقف وذراع من ثوب اذا باع جذعا في سقف او ذراعا
من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز
ذكر القطع اولا اذ لا يمكنه التسليم الا بضرر لا يوجبه العقد ومثله لا يكون
لازما فيتمكن من الرجوع فتتحقق المنازعة بخلاف ما لا يضره التبعيض
كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء
المانع وبهذا التقرير يندفع ما يقال ان هذا الضرر رضي به فينبغي
ان لا يكون مفسدا ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة
ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد
البيع صحيحا لزوال المفسد قبل التقرر وضربة القانص وهو ما يخرج
من الماء بضرب الشبكة مرة لانه مجهول والمزابنة وهو بيع التمر بالتمر
المقطوعة بالثلاث على النخيل بتمر بتا مقطوعة بثنتين مجذوذ مثل
كيله خرصا للنهي عنه ولشبهة الربا والملامسة والمنابذة والقاء الحجر
فانها بيوع كانت في الجاهلية بان يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها
المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم
البيع فالاول الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم من الاولين والحق بهما الثالث بدلالة النص وفسد
ايضا بيع الكلاء بالقصر وهو ما تحويه الارض من النبات كذا اي تفسد
ايضا اجارته اما فساد بيعه فلانه ورد على ما ليس بمملوك للبايع اذ
بمجرد نبات الكلا في ارضه لا تنقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له
فيبقى على اصل الاباحة ما لم يوجد الاحراز قال عليه الصلاة والسلام
الناس شركاء في الثلاث في الماء والكلاء والنار واما فساد اجارتها فلوروده
على استهلاك العين ومحل الاجارة المنافع دون الاعيان ولا يلزم الصبغ
واللبن في استيجار الصباغ والظئر لان العين ثمة آلة لاقامة العمل

المستحق

المستحق بالاجارة والحيلة فيه ان يستاجر موضعا من الارض
ليضرب فيه فسطاطا وليجعلها حظيرة لغنمه فتصح الاجارة
ويبيح صاحب المرعى الانتفاع له بالرعي فيحصل مقصودهما كذا في الكافي
والنحل فان بيعه فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وصحيح عند محمد
اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا وان كان لا يوكل
كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع
ليس به بل بما يخرج منه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج الا مع كوارته
فيها العسل فحينئذ يجوز بيعه تبعا ذكره القدوري في شرحه
وقال الكرخي لا يجوز معها ايضا لان الشيء انما يدخل في البيع تبعا
لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق كذا في الكافي
ودود القز وبيضه فان بيعهما لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف معه
في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه ايضا معه لابي حنيفة ان الدود
من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغ وبيضهما
ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش والمهر
ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع وبه
يفتى كذا في الكافي والآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه ولانه
غير مقدور التسليم الا ممن يزعم انه عنده لان المنهي بيع ابق مطلق
وهو ان يكون ابقا في حق المتعاقدين وهذا غير ابق في حق المشتري
فلو قال هو عند فلان فبعه مني لم يجز لانه آبق في حق المتعاقدين
ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم العقد وقيل يتم ولبن امراة حرة
كانت او امة لانه جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن
الابتذال بالبيع وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة اذ يجوز ايراد
العقد على نفسها فكذا الجزء وانما قلنا نفسها محلا للرق لاختصاصه

بحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن في وعائه حالكان او غيره فيه
يؤد فالماعسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كساير الحيوان وفي الوعاء
يجوز وشعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه وجاز الانتفاع به للخرز
ونحوه للضرورة فان الاساكفة محتاجون في خرز النعال والاخفاف اليه لانه لا
يتاتى الا به ولا ضرورة في شرايه لوجوده مباح الاصل ولو وقع في الماء
القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا لان اطلاق الانتفاع به
دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الا ستعمال
وحالة الوقوع تغايرها وشعر الانسان لان الادمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز
ان يكون شي من اجزايه مبتذلا مهانا كذا اي كما لا يجوز بيعه لا يجوز
الانتفاع به لما ذكر وجلد الميتة قبل الدبغ لانه غير منتفع به لقوله
عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو غير المدبوغ
منه ويباع وينتفع به بعده لانه طهر بالدباغ كعظم الميتة
وعصبها وصوفها ووبرها وقرنها فان كلا منها يباع وينتفع به
لكونه طاهرا باصل الخلقة لعدم حلول الحياة فيها كما مر في كتاب
الطهارة والفيل كالسبع حتى يجوز بيع عظمه والانتفاع بعظمه
وعند محمد نجس العين وفسد ايضا بيع زيت على ان يوزن بظرفه
ويطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا بخلاف شرط طرح وزن الظرف لان
الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وذلك لان مقتضى
العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فان طرح كذا رطلا يحتمل ان يكون اكثر من
الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه رطلا فحينئذ يجوز لانه مقتضى العقد اختلفا
في الزق يعني اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البايع الزق
غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول للمشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في
تعيين الزق المقبوض او مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض

ضمن

ضمنا كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار
الثمن فيكون للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول للمنكر مع يمينه وشرا ما باع عطف
على قوله د بيع عرض اي فسد شرا ما باع بالاقل اي باقل مما باع قبل النقد
اي نقد الثمن الاول صورته اشترى جارية بالف حالة او نسيئة فقبضها
ثم باعها من البايع بخمسماية قبل نقد الثمن الاول فسد البيع الثاني وقال الشافعي
يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع فيها من البايع وغيره سوا
وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا ان الثمن لم
يدخل في ضمان البايع فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقي له خمسماية
وهو بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة
بخلاف ما ضم اليه وبيع المجموع بالثمن الاول قبل النقد صورته اشترى جارية
بخمسماية ثم باعها واخرى معها من البايع بخمسماية قبل نقد الثمن الاول
فالبيع فاسد في الذي اشتراه من البايع وصحيح في التي لم يشترها منه
اذ لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا
للاخرى باقل ما باع وهو فاسد ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع
الفساد لانه باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرت فيما ضمت اليها كان اعتبارا
لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة صح بيع الطريق حدا اي بين له طول
وعرض اولا اي لم يحد اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه ان لم يبين يقدر
بعرض باب الدار العظمى كذا في النهاية وعلى التقديرين يكون عينا معلوما
فيصح بيعه وهبته وفي التاتارخانية الطرق ثلاثة طريق الى الطريق
الاعظم وطريق الى سكة غير نافذة وطريق خاص في ملك انسان فالطريق الخاص
في ملك الانسان لا يدخل في البيع من غير ذكره اما نصا او بذكر الحقوق او المرافق والطريقان
الاخران يدخلان في البيع من غير ذكر لا بيع مسيل الماء وهبته لانه مجهول اذ لا
يدري قدر ما يشغله من الما وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده

فی روایة وهی روایة ابن سماعة وفی روایة الزیادة لا یجوز وصحح الفقیه ابو اللیث
بانه حق من الحقوق وبیع الحقوق بالانفراد لا یجوز والشرب کذلك ای یصح بیعه تبعا للارض
بالاجماع ووحده فی روایة وهو اختیار مشایخ بلخ لانه نصیب من الماء ولم یجز
فی اخری وهو اختیار مشایخ بخاری للجهالة لا بیع حق التسییل وهبته لانه ان کان
علی السطح کان حق التعلی وقد مر ان بیعه باطل وان کان علی الارض کان مجهولا لجهالة
محله ووجه الفرق بین حق المرور علی احدی الروایتین وحق التعلی ای حق
التعلی یتعلق بعین لا تبقی وهی البناء فاشبه المنافع وحق المرور یتعلق بعین
تبقی وهی الارض فاشبه الاعیان ولا البیع الی النیروز معرب نو روز وهو
اول یوم من فصل الربیع والمهرجان وهو الخریف وانما لم یجز لان النیروز
مختلف بین نیروز السلطان ونیروز الدهاقین ونیروز المجوس کذا فی
الکفایة والی صوم النصاری وفطر الیهود اذا لم یعرفاه ای المتبایعان
خصوص الیوم لجهالة الاجل فاذا عرفاه جاز بخلاف فطر النصاری بعد ما
شرعوا فی صومهم لان مدته بالایام معلومة وهی خمسون یوما ذکره التمرتاشی
وقدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وکسرها قطع الزرع والدیاس وهو ان
یوطأ الطعام بقوایم الدواب ونحوها والقطاف قطع العنب والجذاذ قطع
ثمر النخل والصوف وانما لم یجز لانها تتقدم وتتأخر وکفل الیها ای الی هذه
الاوقات لان الجهالة الیسیرة متحملة فی الکفالة وهذه الجهالة یسیرة لاختلاف
الصحابة رضی الله عنهم فی انه یمنع جواز البیع اولا وصح ای البیع ان اسقط
الاجل قبل حلوله لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن
الی هذه الاوقات صح لان هذا تاجیل الدین والجهالة فی الدیون متحملة وبشرط عطف
علی النیروز ای ولا یصح البیع بشرط لا یقتضیه العقد وفیه نفع لاحدهما ای
احد المتعاقدین او لمبیع یستحقه ای النفع بان یکون ادمیا وانما فسد البیع
بهذا الشرط لانهما اذا قصدا المقابلة بین المبیع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض

وقد وجب البيع بالشرط فيه فكان زيادة
مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض
فيكون ربا وكل عقد شرط فيه الربا يكون
فاسدا كشرط ان يقطعه اى المبيع وهو
ثوب البايع ويخيطه قباءً فانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما
اوكشرط ان يحذوه اى المبيع وهو صرم
نعلا يقال حذا الى نعلا اى عملها
اوكشرط ان يشركها اى النعل من التشريك
اى يضع عليها الشراك وهو سيرها الذى
على ظهر القدم كذا فى المغرب وصح
البيع فى النعل استحسانا للتعامل فيه
فصار كصبغ الثوب او كشرط ان يستخدمه
اى المبيع وهو عبد هذا نظير شرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع
وانما قال شهرا لما مر ان الخيار اذا كان
ثلاثة ايام جاز ان يشترط فيه الاستخدام اويدبره
اويكاتبه اويستولدها او لا يخرج القن عبدا
كان او امة عن ملكه هذا امثال لشرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمبيع
وهو يستحقه فان القن يعجبه ان لا

نث ا وله الا يد فتوجد زيادة خالية
عن العوض فيفسد البيع وفرع على الاصل
المذكور بقوله فصح اى البيع بشرط يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشترى او لا يقتضيه
العقد ولا نفع فيه لاحد كشرط ان لا يبيع
الدابة المبيعة فانها ليست باهل للبيع
جاز امر المسلم ذميا ببيع خمر او خنزير وشرائهما وامر المحرم
غيره اى غير المحرم ببيع صيده وقالا لا يجوز لان الموكل
لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا
بتزويج مجوسية ولان ما ثبت للوكيل ينتقل الى الموكل
فصار كانه باشره بنفسه وله ان المعتبر في هذا الباب
اهليتها اهلية الوكيل وهي اهلية التصرف في المامور به
وللنصراني ذلك واهلية الموكل وهي اهلية ثبوت الحكم له
وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم
عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم
ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير وايضا
العبد الماذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك
فيها للمولى المسلم اتفاقا واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع
العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان
خمرا خلله وان كان خنزيرا سيبه وقد قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد
وحكمه ان المشترى اذا قبض المبيع برضا بايعه صريحا او دلالة بان قبضه
في مجلس العقد بحضرته ولم ينهه ملكه وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه
حرام فلا ينال به

حرام فلا ينال به

حرام فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية لتنافي بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر (ووقع في محله فوجب القول بانعقاده ولا شك في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وهو حاصل والنهي عن الافعال الشرعية يقتضي تقرر الشرعية لانه يقتضي تصور المنهي عنه اذا النهي عما لا يتصور لغو وتحقيقه ما ذكرت في مرقاة الاصول ان مدار الامر والنهي المقدورية والنهي عن الافعال الحسية يقتضي كونها مقدورة حسا وعن الامور العقلية يقتضي كونها مقدورة عقلا وعن الافعال الشرعية يقتضي كونها مقدورة شرعا والا لكان عبثا محضا فان الطيران من الامور الحسية فاذا قلت لشخص لا تطير ينكره كل من يسمعه لانتفاء القدرة وكذا اذا قلت للاعمى لا تبصر والبيع من الافعال الشرعية فاذا نهي عنه وجب ان يكون مقدورا شرعا وهو المعني بقول علمائنا النهي عن الفعل الشرعي يقتضي المشروعية باصله وعدم المشروعية بوصفه فان الاول ناظر الى المقدورية شرعا والثاني الى النهي فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك انما الحرمة لامر عارض وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذرا تقرير الفساد المجاور لانه واجب الرفع بالا فبالامتناع عن المطالبة اولى لان الدفع اسهل من الرفع والميتة ليست بمال فانعدم الركن وان كان الخمر ثمنا فقد سر وجهه ولزمه اي ان هلك المقبوض في يد المشتري لزمه مثله حقيقة وهو الذي يماثله صورة ومعنى ان كان الهالك مثليا او مثله معنى فقط وهو القيمة ان كان الهالك قيميا لانه مضمون بالقبض كالغصب وتعتبر

عن اهليته صح

ستزداد

قيمته يوم القبض وان زادت قيمته في يده فاتلفه لانه دخل في ضمانه
بالقبض فلا يعتبر كالمغصوب كذا في الكافي ويجب علي كل منهما اي المتبايعين
لم يقل لكل منهما اشارة الي وجوب الفسخ واللام تفيد الجواز فسخه قبل
القبض دفعا للفساد كذا بعده اي بعد القبض ما دام اي المبيع المشتري
لم يقل ان كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين ولمن له الشرط
ان كان بشرط زائد لما نقل صدر الشريعة عن الذخيرة وصاحب الخلاصة
عن التجريد انه قول محمد واما عندهما فلكل منهما حق الفسخ لان الفسخ لحق
الشرع لا لحق احد المتعاقدين فانهما راضيان بالعقد فان باع المشتري اي باع صح
شراء فاسدا اي قبضه او وهبه وسلمه او اعتقه نفذ بيعه وهبته وعتاقه
لانه لما ملكه ملك التصرف فيه فلا يتصور الفسخ فيه لتعلق حق العبد
بالتصرف الثاني وفسخ البيع الاول كان لحق الشرع وحق العبد مقدم
لحاجته فعليه قيمته لما مر انه مضمون بالقبض كالغصب والكتابة
والرهن كالبيع لانهما لازمان فتثبت عجزه عن رد العين فتلزمه القيمة
الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع
قبل تحول الحق الي القيمة كذا في الكافي ولا يشترط القضا في فسخ الفاسد
لان الواجب شرعا لا يحتاج الى القضا ولا يبطل حق الفسخ بموت
احدهما اي احد من البايع او المشتري وبه يفتي كذا في الخلاصة وفيه
زيادة تفصيل فمن اراده فليطلبه ثمة ولا ياخذه البايع اي لا ياخذ
المبيع بايعه بعد الفسخ حتي يرد ثمنه لان المبيع مقابل به فيصير
محبوسا به كالرهن فان مات اي البايع فالمشتري احق به اي بما اشتراه
حتي ياخذ ثمنه لانه مقدم عليه في حياته فكذا علي ورثته وغرمائه

بعد وفاته كالموصى ثم ان كان دراهم الثمن قايمة باخذها بعينها لانها تتعين
في البيع الفاسد في الاصح وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لانها مبنية طاب
للبايع ما ربح في الثمن لا المشتري في المبيع صورته اشترى جارية ببيع فاسد
وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح في
الثمن قال في الهداية والفرق ان الجارية مما تتعين بالتعيين فيتعلق
العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقد
فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث في الربح فلا يجب التصدق
وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر في الهداية في المسئلة السابقة فيما اذا
كانت دراهم الثمن قايمة باخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو
الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ما قلتم من عدم تعين الدراهم
والدنانير قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهين شبه الغصب
وشبه البيع فاذا كانت قايمة اعتبر شبهة الغصب سعيا في رفع
العقد الفاسد واذا لم تكن قايمة فاشترى بها شيا يعتبر شبهة
البيع حتى لا يسري الفساد الى بدله لما ذكرنا من شبهة الشبهة اقول
لا يخفى على المتامل المنصف ان ما ذكر لا يفيد التوفيق بين كلامي الهداية
وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه عليهما ما يرد على الهداية فالوجه ما قال
في العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على
الاصح وهي ما مر انها تتعين في البيع الفاسد اعلم ان الخبث في المال
نوعان خبث لعدم الملك ظاهر او خبث لفساد في الملك والمال ايضا
نوعان ما يتعين كالعروض ولا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك
يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف في العرض او النقد وربح

يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا
فيما يتعين فتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين بالتعيين فتمكن شبهة
الخبث لتعلق العقد به من حيث يكون سلامة المبيع به او تقدير
الثمن فصار ملك الغير وسيلة الي الربح من وجه فتتمكن فيه شبهة الخبث
واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد
الملك دون عدم الملك فتنقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمة شبهة
هنا فيعتبر وشبهة فيما لا يتعين ثمة تنقلب شبهة الشبهة هنا
فلا يعتبر كما طاب ربح مال ادعاه فقضي ثم ظهر عدمه بالتصادق
صورته ادعي علي رجل مالا فقضاه فربح فيه المدعي ثم تصادقا على
ان هذا المال ليس على المدعي عليه فالربح طيب لان الخبث هنا لفساد
الملك لان الدين وجب بالاقرار ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق
مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين بني في دار شراها فاسدا او غرس في
ارض شراها فاسدا لزمه قيمتها اي قيمة الدار والارض وقالا
ينقض البناء وترد الدار وكذا الغرس لان حق الشفيع اضعف من حق
البايع اذ يحتاج الي القضاء او الرضاء ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع
والاضعف اذا لم يبطل بشي فالاقوي اولي ان لا يبطل به فحق الشفيع
لا يبطل بالبناء والغرس فحق البايع كذلك وله ان البناء والغرس حصلا
للمشتري بتسليط من جهة البايع فكل ما هو ما هو كذلك ينقطع
به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ
التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع
وكذا لو لم يوجد منه باعها من اخر فانه ياخذ الشفعة بالبيع الثاني

يبطل

بالثمن

١٨٥

بالثمن او بالاول بالقيمة وان لم يكن في الفاسد شفعة لان حق البايع قد
انقطع ههنا وعلي هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى
من حق البايع لوجوده منه ثم لما فرغ عن بيان البيع الفاسد واحكا مه
شرع في بيان البيع الموقوف واحكامه فقال ووقف بيع مال
العبد علي اجازته وبيع العبد والصبي المحجورين علي اجازة مولاه وعلي
اجازة الاب او الوصي وبيع ماله من فاسد عقل غير رشيد علي اجازة
القاضي وبيع المرهون والمستاجر وارض في مزارعة الغير علي اجازة
المرتهن والمستاجر والمزارع ولو تفاسخ الاجارة لزمه ان يسلم الي المشتري
وكذا لو قضي الراهن المال او ابراه المرتهن ورد الرهن عليه تم البيع
وبيع شي برقمه والبايع يعلم والمشتري لا يعلم توقف ان علم المشتري
في مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل وبيع المبيع من غير المشتري
يعني باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني حتى لو تفاسخ الا ول
لا ينعقد الثاني لكن يتوقف علي اجازة المشتري ان كان بعد القبض وان
كان قبله في المنقول لاي العقار فعلي الخلاف المعروف الذي سياتي وبيع
المرتد عند ابي حنيفة وقد مر في بابه والبيع بما باع فلان والبايع يعلم
والمشتري لا يعلم ان علم في المجلس صح والا بطل والبيع بمثل ما يبيع الناس
به او بمثل ما اخذ فلان ذكر في شرح الكافي انه لا يجوز وفي نسخة الامام
السرخسي هذا اذا لم يعلم المشتري بذلك فان علم في المجلس فعند ابي
حنيفة فيه روايتان وبيع الشي بقيمته لم يجز للجهالة ولو عينت في
المجلس جاز وبيع فيه خيار المجلس وقد مر في اول البيوع وبيع
الغاصب فانه موقوف علي اجازة المالك ان اقر به الغاصب تم البيع

حـ صوابه وفي العقار بالواو

وان جحد وللمغصوب منه بينة فكذلك وان لم يكن ولم يبله حتى هلك
ينتقض البيع وحكمه اي حكم البيع الموقوف انه انما يقبل الاجازة اذا كان
البايع والمشتري والمبيع قايما المراد بكون المبيع قايما ان لا يكون متغيرا
بحيث يعد شيا اخر فانه لو باع ثوب غيره بغير امره فصبغه المشتري
فاجاز رب الثوب البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم اجاز البيع لا يجوز لانه
صار شيا اخر وكذا الثمن لو كان عرضا اي كما يشترط قيام البيع يشترط
قيام الثمن ايضا اذا كان عرضا وصاحب المتاع ايضا اي كما يشترط قيام
المبيع والثمن المذكورين يشترط قيام صاحب المتاع المبيع كذا لو باع
متاع غيره ثم مات صاحب المتاع قبل ان يجيز البيع فاجاز وارثه لا يجوز
وحكمه ايضا ان اخذ الثمن اي اخذ المالك الثمن او طلبه من المشتري
ليس باجازة للبيع واختلف في احسنت فقيل اجازة وقيل لا وقوله
لا اجيز رد له اي للبيع الموقوف خلافا للمتاجر فانه اذا قال لا اجيز
بيع الاجير ثم اجاز جاز كل ذلك من الخلاصة ثم لما فرغ عن البيع الموقوف
واحكامه شرع في بيان البيع المكروه وحكمه فقال وكره البيع عند
الاذان الاول للجمعة لان فيه اخلالا بواجب السعي اذا قعدا او وقفا
يتبايعان واما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا كراهة وكره النجش وهو
ان يزيد في الثمن ليرغب غيره ولا يريد الشرا لقوله عليه الصلاة والسلام
لا تناجشوا وكره السوم على سوم غيره بعد رضاهما بثمن لقوله صلى
الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة
اخيه فانه نهي بصيغة النفي وهو ابلغ فاما اذا ساومه بشي ولم يركن
اليه احدهما الى صاحبه فلا باس للغير ان يساومه ويشتريه فانه

الموقوف

بيع

بيع من يزيد وكذا قال بخلاف بيع من يزيد فانه جائز لورود الاثر وهو
محمل النهي في الخطبة وكره ايضا تلقي الجلب اي ان يتلقى بعض اهل البلد
المجلوب من خارج البلد اليه من الطعام المصر لاهل البلد للنهي عنه
ولان فيه تضييق الامر على الحاضرين فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا
لبس السعر على الواردين واشترى باقل من القيمة وبيع الحاضر للبادي
زمان القحط لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان
اهل البلد في قحط وهو يبيع من اهل البدو رغبة في الثمن الغالي فيكره
لانه اضرار بهم فان لم يكن كذلك فلا باس به لعدم الاضرار وقيل صورته
ان يجي البادي بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر عن البادي ويبيع
الطعام ويغالي بالسعر على الناس فانه نهي عنه فانه لو تركه لباع
بنفسه ورخص في السعر والتفريق بين صغير وذي رحم محرم منه
لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه
وبين احبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين
صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عليه
الصلاة والسلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير
يستانس بالصغير وبالكبير والكبير وهو يشفق على الصغير
ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشية من قرب القرابة فكان في
بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك
المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه بخلاف الكبيرين اذ ليس هنا ك
ترك المرحمة عليهما والزوجين لان النص معلول بالقرابة المحرمة
للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا بد من

من اجنبنا عنهما في ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره
لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع
احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه
دفع الضرر عن غيره اي غير الصغير لا الاضرار به اي الصغير وحكمه
وحكمه اي حكم البيع المكروه انه لا يفسد لان النهي باعتبار معنى مجاور
للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد
بل الكراهة ولا يجب فسخه لان وجوبه في الفاسد لدفع الحرمة ولا
حرمة ههنا ويملك المبيع قبل القبض لما مر ان عدم ثبوت الملك قبل
القبض في البيع الفاسد حذار تقرير الفساد المجاور ولا فساد ههنا
ويجب الثمن لا القيمة ان هلك المقبوض في يد المشتري لان وجوب المثل
او القيمة في البيع الفاسد لكونه في حكم الغصب وهذا ليس كذلك

باب الاقالة

هي لغة الاسقاط والرفع
وشرعا رفع البيع وتصح بلفظين احدهما مستقبل وفي شرح القدوري الاقالة
تثبت بلفظين احدهما يعبر به عن الماضي والاخر عن المستقبل كقول الرجل
اقلني ويقول صاحبه اقلت وقال محمد هو كالبيع لا يصح الا بلفظين يعبر
بهما عن الماضي وفي الفتاوى اختار قول محمد رحمه الله تعالى كذا في الخلاصة
ويتوقف على قبول الاخر في المجلس في التجريد يتوقف قبول الاقالة على
المجلس وكما يصح قبولها في مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل
كما اذا قطعه قميصا في فور مقالة المشتري وهي فسخ فيما هو من موجبات
العقد قال الزيلعي قولهم فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه
لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد من غير شرط واما

اذا لم يكن منها بل وجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا
في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول
الاجل ثم تقايلا لا عاد الدين حالا كانه باعه منه وكما تقايلا ثم ادعى رجل
ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته كانه هو الذي باعه
ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لتقبلت الاترى ان المشتري لو رد المبيع
بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه
بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من
كل وجه وفرع على كونه فسخا فروعا ذكر الاول بقوله فبطلت اي الاقالة
بعد ولادة المبيعة لامتناع الفسخ بسبب الزيادة ولو كانت بيعا محضا
لجاز قالوا هذا اذا ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة
عنده وذكر الثاني بقوله وصحت بمثل الثمن الاول الا اذا باع المتولي
او الوصي شيئا باكثر من قيمته حيث لا تجوز اقالته وان كان بمثل الثمن الاول
رعاية لجانب الوقف وحق الصغير وان وصلية شرط غير جنسه
اي جنس الثمن الاول او الاقل اي صحت الاقالة بمثل الثمن الاول وان شرط
غيره اما الاول فلان الاقالة فسخ والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول واما
الثاني فلان الشرط فاسد والاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد كما سياتي
الا اذا تعيب اي المبيع عند المشتري استثناء من قوله او الاقل فان الاقالة
حينئذ تجوز باقل من الثمن الاول لان نقصان الثمن يكون مقابلة الفايت
بالعيب وذكر الثالث بقوله ولا تفسد بالشرط لان فساد البيع به للزوم
الربا ولا ربا في الفسخ وذكر الرابع بقوله وجاز للبايع بيع المبيع قبل قبضه
يعني اذا تقايلا ولم يره المشتري المبيع حتى باع منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا

١٩

لغيره لانه باعه قبل القبض ولو باع من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد
في حق غيرهما وذكر الخامس بقوله وجاز بيع الكيل والموزون بلا اعادة الكيل
والوزن يعني اذا كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن
ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز ولو كان بيعا
لم يجز وذكر السادس بقوله وجاز هبة المبيع للمشتري بعد الاقالة قبل القبض
يعني اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت
بيعا لم يجز لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض وبيع في حق ثالث
عطف على قوله فسخ قال في النهاية الخلاف فيما اذا ذكر الفسخ بلفظ الاقالة
ولو ذكر بلفظ المفاسخة او المتاركة لا يجعل بيعا اتفاقا اعمالا للموضوع اللغوي
وقد فرع على كونه بيعا فروعا ذكر الاول بقوله فتسليم الشفعة في
البيع لا ينافي اخذها يعني لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا
يقضي له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه وذكر الثاني
بقوله ولا يرد البائع الثاني على الاول بعيب علم بعدها اي بعد الاقالة
يعني اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع
واراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه كانه اشتراه من
المشتري منه وذكر الثالث بقوله وليس للواهب الرجوع اذا باع الموهوب
له الموهوب من اخر فتقايلا يعني اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له
ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب
كالمشتري من المشتري منه وذكر الرابع بقوله والمشتري اذا باع المبيع من
اخر قبل النقد جاز للبائع شراؤه منه بالاقل يعني اذا اشترى شيئا فقبضه
ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه

قبل

حق

قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول من الثمن جاز وكان في البايع كالمملوك ::
ثم اجد بد من المشتري الثاني وذكر الخامس بقوله واذا اشتري بعروض
التجارة عبد اللخدمة بعد ما حال عليها الحول ووجده معيبا فرده بغير قضا
واسترد العروض فهلكت في يده لم تسقط الزكاة يعني اذا اشتري بعروض
التجارة عبد اللخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضا
واسترد العروض فهلكت في يده فان الزكاة لا تسقط عنه لانه بيع جديد
في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بغير قضا اقالة وهلاك المبيع يمنعها اي
الاقالة لا هلاك الثمن لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع لا الثمن ولهذا اذا هلك
المبيع قبل القبض بطل البيع بخلاف هلاك الثمن وهلاك بعضه اي بعض المبيع
يمنعها بقدره اعتبارا للبعض بالكل ولو تقايضا صحت الاقالة بعد
هلاك احدهما ولا تبطل بهلاكه لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا

باب المرابحة والتولية والوضيعة

الاولي بيع ::
ما ملكه لم يقل بيع المشتري ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغا صب
حيث
وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن
وان لم يكن فيه شرا بمثل ما قام عليه لم يقل بمثله الاول لان ما ياخذه
من المشتري ليس ثمنه الاول بل مثله وقال بمثل ما قام عليه كما سياتي
ان له ان يضم اجر القصار ونحوه الي الثمن ويقول قام علي بكذا ابزيادة
على ما قام عليه وان لم يكن من جنسه والثانية بيعه به اي بما قام عليه
بدون نقصان اي بدون الزيادة والثالثة بيعه باقل منه اي مما قام عليه
وشرطها اي البيوع الثلاثة شراوه اي شرا ما يبيعه مرابحة او نحوها
بمثلي من الموزونات او المكيلات والعدديات المتقاربة او مملوك من

البايع الاول واللام في المشتري تتعلق بمملوك والربح مثلي معلوم جمله
حالية يعني ان هذه البيوع لا تصح اذا كان عوض المبيع الذي اشتراه
البايع سابقا قيميا لان مبناها على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز
عن الخيانة في القيمات ان امكن فقد لا يمكن الاحتراز عن شبهتها لان
المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع
عينه حيث لا يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة
وهي مجهولة تعرف بالظن والتخمين فتتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان
المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البايع الاول بسبب من الاسباب
فاشتراه مرابحة بربح معلوم من دراهم او شي من المكيل والموزون الموصوف
لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده فانه
لا يجوز لانه اشترا براس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
فصار البايع بايعا المبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء مرابحة
عشرة اجزا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة
فلا يجوز وله اي للبايع ضم اجر القصار والصبغ بالفتح مصدر وبالكسر
ما يصبغ به والطراز علم الثوب والفتل والحمل وطعام المبيع وكسوته
وسوق الغنم والسمسار المشروط اجرته في العقد فان اجرة السمسار ان كانت
مشروطة في العقد تضم والا فاكثر المشايخ على انها لا تنضم فلا اجر الدلال
فانها لا تنضم اتفاقا الى ثمنه متعلق بقوله ضم وانما ضمت اليها لانها تزيد
في عين المبيع كالصبغ واخواته او في قيمته كالحمل والسوق لان القيمة
تختلف باختلاف المكان فتلحق اجرتها براس المال وان فعل المشتري
بيده شيا مما ذكر من الفتل ونحوه لا يضمه وبالجملة كل ما يزيد في المبيع

او قيمته يضم وما لا فلا ذكره الزيلعي لا اي ليس له ضم اجر الطبيب لانه
لا يزيد شيئا في العين ولا القيمة واجر المعلم لان اجره لم يزد مالية المبيع
فان التعلم حصل فيه لذهنه وشغله عنايته ان يكون تعليمه شرطا وهو
لا يكفي في الضم والدلال والراعي ونفقة نفسه فانها لا تزيد في المبيع شيئا
بخلاف اجر السمسار المشروط ونفقة المبيع كما مر وجعل الآبق وكرا
بيت الحفظ فانها ايضا لا تزيد شيئا بخلاف كرا المبيع فانه يضم لافادته
زيادة في القيمة ويقول البائع حين البيع وضم ما يجوز ضمه قام علي
بكذا لا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب خان البائع في المرابحة اي ظهرت
خيانته بالبينة او باقراره او بنكوله خير المشتري ان شا اخذه الي المبيع
ثمنه او رده وفي التولية يحط اذ لو لم يحط في التولية لم تبق تولية لانه
يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط
في المرابحة تبقى مرابحة على حالها وان كان الربح اكثر مما ظنه المشتري فلا
يتغير التصرف ويثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع او استهلك
في المرابحة قبل الرد او احدث به مانع منه اي من الرد لزمه بكل الثمن المسمى
وسقط اختيار لا يقابله شي من الثمن كخيار الروية والشرط بخلاف العيب
لان المستحق منه للمشتري الجزء الغائب وعند العجز عن تسليمه يسقط ما
يقابله من الثمن شرى ثانيا بعد بيعه بربح فان رابح اي اراد المشتري
ان يبيع مرابحة طرح عنه ما ربح اي كل ربح كان قبل ذلك وان استغرق
الربح الثمن لم يرابح صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين
ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة
ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه

١٩٤

مرابحة اصلا لان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة
لانه تاكد به بعد كونه على شرف الزوال بالوقوف على عيب والشبهة
في بيع المرابحة كالحقيقة احتياطا بخلاف ما اذا تخلل ثالث بان اشترى
من مشتري مشتريه لان التاكيد حصل بغيره برابح اي جاز ان يبيع
مرابحة سيد شرى من ماذونه المحيط دينه برقبته قيد به اذ لو لم يكن
على العبد دين فباع من مولاه شيا لم يصح لانه لا يفيد المولى شيا لم يكن
له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف على ما شرى الماذون متعلق
بقوله برابح صورته اشترى عبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين محيط فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على
عشرة كعكسه وهو ان يشتري المولى ثوبا بعشرة فباعه من عبده الماذون
له المديون بخمسة عشر فانه ايضا يبيعه مرابحة على عشرة لان في هذا
العقد وان كان صحيحا في نفسه شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده
لا يخلوا عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على الامانة فيبقى
الاعتبار للمشتري الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل
الاول ويبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول ورابح رب
المال على ما شراه مضاربة بالنصف متعلق بمضاربة او لا متعلق
بشراه وعلى نصف ما ربح بشرائه ثانيا منه اي من مضاربة متعلق
بقوله بشرائه يعني اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى
ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر
ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا اذا عدم الربح كما هو
كذلك هنا لان الربح انما يحصل اذا بيع من الاجنبي ففيه شبهة العدم

لانه

١٩٥

لان المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه فاعتبر الثاني
عدما في حق نصف الربح برابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب يعني
اشترى جارية فاعورت او وطيها وهي ثيب ولم ينقصها
الوطي يبيعها مرابحة ولا يجب عليه البيان اذا لم يحتبس عنده شي يقابله بله
الثمن لان الاوصاف لا يقابلها الثمن الا اذا كان مقصودا بالاتلاف
كما مر مرارا ولهذا قال ولم ينقصها الوطي قال الزيلعي المراد بقولهم
يبيعه مرابحة بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه
العيب عنده بعد ذلك واما نفس العيب فلا بد من بيانه بان يبين العيب
والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده
كقرض الفار وحرق النار للمشتري فان ما ضاع بالقرض او الحرق
وان كان جزا يقابله شي من الثمن كالعذرة لم يحتبس عنده ويرابح
ببيان بالتعيب بان فقا عينها بنفسه او فقاها اجنبي واخذ ارشها
لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شي من الثمن ووطي البكر
لان العذرة جز من العين يقابلها شي من الثمن وقد حبسها لكنه
بكسره وطيه لانه صار مقصودا بالاتلاف شري نسية ورابح
بلا بيان يعني اشترى شيا بالف درهم نسية وباعه بربح مائة ولم
يبين فعلم المشتري خير مشتريه ان شا قبل وان شا رد لان الاجل
يشبه المبيع حتى يزاد في المبيع لاجل الاجل والشبهة ههنا ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيين وباع احدهما مرابحة بثمنهما
فيثبت له الخيار عند علمه بالخيانة فان اتلفه ثم علم لزمه كل ثمنه وهو
الف ومائة لان الاجل لا يقابله شي من الثمن كذا التولية يعني اذا كان

ولاه اباه ولم يبين خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه
باع على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالفحال كما مر ان الاجل
لا يقابله شي من الثمن ولي رجلا شيا بما قام عليه ولم يعلم مشتريه
قدره اي قدر ما قام عليه فسد البيع لجهالة الثمن وان علم المشتري قدره
في المجلس صح البيع لزوال المفسد قبل تقرره وخير المشتري ان شا
قبل وان شا رد لان الرضا لم يتم لعدم العلم فيتخير كما في خيار الروية

فصل

صح بيع العقار قبل قبضه لا المنقول عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اشتريت شيا فلا
تبعه حتى تقبضه ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه
كالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر من اهله ووقع في محله والحديث
معلول باحتمال الهلاك وهو في العقار نادر حتى لو تصور هلاكه قبل
القبض بان كان على شط النهر ونحوه قالوا لا يجوز بيعه قبله فلا يقاس
على المنقول وقد اضطرب ههنا كلمات شراح الهداية وغيرهم
والاظهر الموافق لقواعد الاصول ما ذكر في العناية وهو ان الاصل
ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جايزا لقوله تعالى واحل
الله البيع وحرم الربا لكن خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله
تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو
ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان
تكون معلولا بغرر الانفساخ اولا فان كان ثبت المطلوب حتى لا يتناول
العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا
الى عبد الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم

نهى

نهى عن بيع الغرر وبيّنه وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعل معلو لا
بذلك اعمال لثبوت التوفيق به حينئذ والاعمال متعين لا محالة فيكون
مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعقوض قبل القبض شرى الكيلي كيلا لا جزافا
قد مر انه معرب كزاف ويجوز في الجيم الحركات الثلاث لم يبعه ولم ياكله حتى
يكيله لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
صاع البايع وصاع المشتري وذلك للبايع بخلاف ما اذا باع الثوب
مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر كما
ذكر الشر الا انه اذا ملكه كيلا او موزونا بهبة او وصية جاز للمالك ان
يتصرف فيه قبل القبض وقيد بكون المكيل مبيعا لانه اذا كان ثمنا جاز
التصرف فيه مطلقا كذا في النهاية الا ان يكيل البايع بعد بيعه عند المشتري
لان المبيع يصير معلوما بكيل واحد ويتحقق معنى التسليم ومحل الحديث
اجتماع الصفقتين كما سياتي في السلم فاذا كال البايع قبل البيع وان كان
بحضرة المشتري لم يعتبر لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط
وكذا لو كان بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ به
يعلم المبيع ولا تسليم الا بحضرته كذا الموزون والمعدودات لا يبيعه ولا ياكله
حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفي ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشتري
لا المذروع اي لا يشترط ما ذكر في المذروعات وان اشتراه بشرط الذرع
لما مر مرارا ان الذرع وصف لا يقابله شيء من الثمن فيكون للمشتري
قال الزيلعي هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه
حتى يذرع جاز التصرف في الثمن قبل قبضه سواء كان مما لا يتعين كالنقود
او يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة

جزافا فان الزيادة للمشتري بخلاف ما اذا باع ح

وقيل الكيل لم

فرق قبل التصرف في الموصى به وبين الكيل في الهبة اهـ

١٩٨

جاز ان يأخذ بدلها شيا اخر لوجود المجوز وهو الملك وانتفا المانع وهو عدم الانفساخ بالهلاك لما مر ان الاصل في البيع هو المبيع وبهلاكه ينفسخ البيع بخلاف الثمن اما اذا كان من النقود فظاهر واما اذا كان من المكيل او الموزون فلانه مبيع من وجه وثمن من وجه ولهذا لا تبطل الاقالة في صورة المقايضة بهلاك احدهما وقد مر وجاز زيادة المشتري فيه اي في الثمن ان قام المبيع لانه ان لم يقم لم يبق حالة يصح الاعتياض عنه لانه انما يكون في موجود والشي يثبت ثم يستند ولم يثبت لعدم ما يقابله فلا يستند اي لا يلحق باصل العقد بالاستناد وجاز حط البايع عنه لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وجاز زيادته اي البايع في المبيع لانه تصرف في حقه وملكه ويتعلق الاستحقاق اي استحقاق البايع والمشتري بالكل اي كل الثمن والمبيع والزايد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد لانهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الي وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولي ان يكون ولاية التغيير قال صدر الشريعة ويمكن ان يقال انه اذا استحق مستحق المبيع او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزايد صلة مبتداة كما هو مذهب زفر والشافعي اقول لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق علي الدعوي والبينة فان ادعي المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وكذا ان ادعي الزيادة فقط ثم ان حكم الاستحقاق يظهر في التولية والمرابحة

فيرابحه ودون عليه اي الكل ان زيد وعلى الباقي ان حط فان البايع اذا حط
بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لاخر وليتك هذا الشي
وقع عقد التولية بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا باصل
العقد فكان الثمن في ابتدا العقد هو ذلك المقدار وكذا اذا اراد
المشتري على اصل الثمن او البايع على اصل المبيع والشفيع ياخذها
بالاقل فيهما اي في الزيادة على الثمن والحط وان كان مقتضى الالحاق
بالاصل ان ياخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد
الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ابطاله قال رجل لاخر بع عبدك
من زيد بالف على اني ضامن كذا من الثمن سوا الالف اخذه اي مولي
العبد الالف من زيد والزيادة من الضامن ولو لم يقل من الثمن
فالالف على زيد لانه ثمن العبد ولا شي عليه اي على القايل اصله
ان الزيادة في الثمن والمثمن جايز عندنا وتلتحق باصل العقد باصل
العقد وكان العقد ورد ابتدا على الاصل والزيادة كما مر وان اصل
الثمن لم يشرع بغير مال يقابله ولهذا لا يصح الاجابة على الاجنبي
لانه لا يستفيد بازايه مالا فاما فضول الثمن فيستغني عنه حتى يصح
الزيادة من الاجنبي كما تصح من المشتري اذ لا يسلم لها شي بمقابلة
الزيادة وصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المراة اذ لا يسلم لها
شي اذ البضع عند الخروج غير متقوم لكن من شرط الزيادة المقابلة
تسمية وصورة حتى تجب بحسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة واذا لم
قال من الثمن فقد جعل الزيادة بمقابلة المبيع صورة فلم يوجد شرطها فلا تصح
وبقي التزام المال ابتدا كبيع داره من غيره وهو رشوة وهي حرام صح

على علي بايعه

فهم منه انه اذا لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة صورة ولا معنى فلم يوجد شرطها

وقف لله تعالى

تاجيل الديون وان كانت حالة في الاصل لان الدين حقه فله ان يؤخره تيسرا
على المديون كما له ابراوه الى اجل معلوم او مجهول جهالة يسيرة كالتاجيل
الى الحصاد بخلاف ما اذا كانت فاحشة كهبوب الريح سوى القرض فان
تاجيل لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم لانه معاوضة انتهاءً
وان كان ابتداء اعارة وصلة ابتداء الا اذا اوصى به فانه اذا اوصى ان
يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة لزم من ثلثه ان يقرضوه
ولا يطالبوه قبل السنة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح
نظرا للموصى ولذا جوزت بالخدمة والسكنى ولزمت او احال
المستقرض المقرض بدينه فاجله المقرض مدة معلومة فانه
يصح حتى لو اراد المقرض ان يطالب المستقرض بذلك الدين
ليس له ذلك لان الحوالة مبراة براءة الدين في رواية وبراءة
المطالبة في اخرى كذا في العمادية باب

الربا هو لغة الفضل مطلقا وشرعا فضل احد المتجانسين
على الآخر ففضل قفيز شعير على قفيز بر لا يكون ربا لانتفاء
المجانسة بالمعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ففضل عشرة
اذرع من الثوب الهروي على خمسة اذرع منه لا يكون ربا
لانتفاء المقدار الشرعي خاليا عن عوض احترازا عن كر بر وكر
شعير بكري بر وكري شعير فان الثاني فاضل على الاول لكن
غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس شرط
لاحد المتعاقدين حتى لو شرط لغيرهما لا يكون ربا في المعاوضة
حتى لم يكن الفضل الخالي عن عوض في الهبة ربا وعلته القدر

والجنس

١ - ٢

والجنس لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل والخبر بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما فى قوله تعالى فرهن مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين تكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة والجنسية تسوى المعنى فظهر الفضل الذى هو الربا ولا يعتبر الوصف لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء فان وجدا اى القدر والجنس حرم الفضل كقفيز بر بقفيزين منه والنساء ولو مع التساوى كقفيز بر منه احدهما او كلاهما نسيئة وان عدما اى كل منهما حلا اى الفضل والنسيئة وان وجد احدهما اى كل منهما فقط حل الفضل كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود هنا لا الجزء الاخر وهو الجنس وان بيع خمسة اذرع من الثوب بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لوجود الجنسية وان عدم القدر لا النساء اى لا يحل النسا فى هاتين الصورتين ولو بالتساوى فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة ربا النسيئة باحدهما لان جزء العلة لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة وهى فى باب الربا ملحقة بالحقيقة وان كانت ادنى منها فلا بد من اعتبار الطرفين ففى النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم

غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلم يجز وفي غير المتيقن
لم تعتبر الشبهة لما ذكرنا انها ادنى من الحقيقة كسلم ثوب هروي في
هروي فانه لم يجز لاتحاد الجنس وبر في شعير فانه ايضا لم يجز لوجود
القدر والجيد والردي سوا لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها
ورديها سوا ولان في اعتباره سد باب البياعات ثم فرع على قوله
فان وجدا حرم الفضل والنسا قوله فحرم بيع الكيلي والوزني
بجنسه اي بيع الكيلي بالكيلي والوزني بالوزني متفاضلا ولو
غير مطعوم كالجص فانه من المكيلات والحديد فانه من الموزونات
والطعم غير معتبر عندنا بل عند الشافعي وبالنسا عطف على متفاضلا
وبه يتم التفريع الا ان لا يتفقا اي العوضان استثنا من قوله
فحرم بيع الوزني بجنسه في صفة الوزن بان يوزن احدهما
بغير ما يوزن به الاخر كالنقود والزعفران والقطن والحديد ونحوها
فان الوزن في جميعها ظاهر لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه
وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامنا والنقود بالسنجات
واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن
لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باعه بالنقود موازنة
بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة
دنانير مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع
الزعفران على انه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى
يعيد الموزون واذا اختلفا في صفة الوزن ومعناه وحكمه لم يجمعهما
القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين

اذا اتفقا كان المنع للشبهة واذا لم يتفقا كان فيه لذا شبهة الوزن والموزون
وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وحل عطف على
حرم اي حل بيع الكيلي والوزني متساويا بلا تفاضل وحل ايضا بيعهما
بلا قدر كما اي كبيع ما دون نصف صاع فان المعتبر في قدر المكيلات
نصف الصاع لا ما دونه فلا تقدير في الشرع بما دونه باقل منه
متعلق بالبيع المقدر اي كبيع ما دون نصف صاع باقل منه كحفنتين
من بر بحفنة منه لان بيعهما بها جائز وان وجد الفضل لانتفاء
القدر الشرعي الا ان يكون استثناء من قوله بلا قدر اي انما حل
بيع القليل من المقدر الشرعي باقل منه اذا كان حالا اما اذا كان
بالنساء وهو الجنس حتى اذا انتفى الجنس ايضا حل البيع مطلقا
ولو بالنساء لانتفاء كل واحد من جزئي العلة كبيع حفنة
من بر بحفنتين من شعير كذا حكم كل عددي متقارب فان بيع
العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين
لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس
بانفراده يحرم النساء والمعتبر في غير الصرف التعيين لا التقابض
حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز وقال الشافعي يعتبر
التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كما في الصرف لقوله عليه
الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولنا انه مبيع متعين فلا
يشترط القبض كالثوب ومعنى يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة
بن الصامت رضي الله تعالى عنه البر والشعير والتمر والملح كيلي والذهب
والفضة وزني فان كل ما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم

التفاضل فيه كيلا وهو كيلي ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل
الحنطه والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا
وهو وزني ابدا وان ترك الناس فيه الوزن كالذهب والفضة
لا يتغير ان بعرف لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
بخلاف ما عداها اى ما عدا الاشيا الستة فان ما لم ينص عليه
فهو محمول على عادات الناس لقوله صلى الله عليه وسلم ما راه المومنون حسنا
فهو عند الله حسن فلم يجز بيع البر بالبر متساويا وزنا والذهب
بالذهب متساويا كيلا كما لم يجز مجازفة وان تعارفوا ذلك
لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه الا ان السلم يجوز في الحنطة
ونحوها وزنا لوجود السلم في معلوم وجاز بيع الفلس بالفلس
وباعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية
تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا
تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت
باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما فاذا ابطلت
تتعين بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وجاز بيع الرطب
بالرطب وبالتمر وبيع التمر بالبسر وبيع العنب بالزبيب وبيع البر رطبا او
مبلولا بمثله او باليابس وبيع التمر او الزبيب المنقع بالمنقع وبيع الدقيق بمثله
نقل عن محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق انما يجوز اذا كانا مكبوسين والا لم
يجز قوله متساويا قيد لجواز البيع في الاشيا المعدودة ووجه الجواز
انه ان كان بيع الجنس بالجنس بلا اختلاف في الصفة
جاز متساويا كذا مع اختلاف في الصفة لقوله صلى

الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا والاجاز كيف ما كان لقوله صلى
الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم وجاز بيع اللحم
بالحيوان وبيع اللحوم والالبان المختلفين اي بيع لحم الغنم بلحم البقر وبالعكس
وكذا البنهما بعضها ببعض وبيع الكرباس بالقطن وبالغزل وبيع
خل الدقل وهو ادي التمر بخل العنب وبيع شحم البطن بالالية اوبا
وبيع الخبز بالبر والدقيق متفاضلا هذا قيد لجواز البيع في الاشيا
المعدودة من اللحم الى ههنا وجه جوازه متفاضلا اختلاف اجناسها
وبالنسا عطف على متفاضلا اي وجاز البيع بالنسا ايضا في الاخيرة
وهو بيع الخبز بالبر والدقيق وبه يفتي لحاجة الناس لكن يجب
ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير
مستبدلا بالمسلم فيه قبل القبض لا بيع البر بالدقيق او بالسويق او
النخالة فان بيعه بها لا يجوز مطلقا لبقا المجانسة من وجه لانها
من اجزا البر والمعيار فيها الكيل لكنه غير مسوي بينهما وبين البر لا
في الكيل وتخلخل حبات البر فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ولا بيع الدقيق
بالسويق ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائها لقيام المجانسة
من وجه ولا الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم ليكون الدهن بمثله والزيادة في
مقابلة الثجير لئلا يلزم الربا وان لم يعلم مقدار ما فيه لم يجز لاحتمال
الربا وقد مران الشبهة فيه كالحقيقة ويستقرض الخبز بوزن لا عددا
عند ابي يوسف لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وبه يفتي ذكره
الزيلعي ويستقرض الفلوس بهما اي بالوزن والعدد بالعرف اذ الانص

ولو اتحد الجنس

للحم

مطلقا ايضا اذ لا يعلم اي عن تساو[يهما] ...

كنشارها

فيها والدرهم والدينار يستقرض بالوزن فقط لانهما من الموزونات
بالنص بحر كذا ما ثلثاه خالص لان الحكم للغالب وما ثلثه خالص يستقرض
بعدا ان تعاملوا به ويوزن ان تعاملوا به لانه ليس مما ورد فيه النص
فيحمل على العرف كما مر ولا يستقرض القيمي لانه مختص بالمثلي وهو كل شي
بكال او يوزن نحو الحنطة والشعير والسمن والتمر والزبيب ونحو ذلك
وفي التجريد ويجوز في العدديات التي لا تتفاوت تفاوتا فاحشا كالبيض والجوز
وفي الكافي لان القرض اعارة شرع لاطلاق الانتفاع بالعين غير انه لا يمكن
الانتفاع بالمكيل والموزون والعددي المتقارب الا باستهلاك اعيانها
فكانت المنفعة عايدة الى ذاتها فقام المثلي في الذمة مقام العين كانه
ما انتفع لا في الحيوان والثياب اذ لا مثل لهما ولا ربا بين السيد وعبده
ماذونا غير مديون لان العبد وما في يده حينئذ يكون ملك مولاه
فلا يكون بينهما بيع يتحقق الربا حتى اذا كان عليه دين يتحقق الربا لتحقق
البيع ولا ربا بين مسلم وحربي ثمة اي في دار الحرب لقوله صلى الله عليه وسلم
لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب وكذا اذا تبايعا فيها بيعا فاسدا
ذكره الزيلعي فان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما لكنه التزم
ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بلا رضاهم فاذا اخذه برضاهم اخذ
مالا مباحا بلا غدر ومن اسلم ثمة فان الحربي اذا اسلم ثمة لا يكون بينه
وبين مسلم مستامن في دار الحرب ربا عند ابي حنيفة لان مال من اسلم
ثمة لا عصمة له فصار كمال الحربي ويجوز اخذ مال الحربي برضاه
للمسلم المستامن وقالا انه ربا جرى بين مسلمين وهو حرام كذا في الكافي

باب الاستحقاق لم يذكر الحقوق كما ذكر

في

دينا يستغرقها فلو لم يكن يستغرق يجوز للسيد

[illegible]

في سائر المتون لانها ذكرت في اوايل البيوع نوعان احدهما مبطل للملك
اي مزيل له بالكلية بحيث لا يبقي لاحد عليه حق التملك كالحرية الاصلية
والعتق وفروعه كالتدبير والكتابة والاستيلاد وثانيهما ناقل له اي للملك
من شخص الي شخص كالاستحقاق بالملك بان ادعي زيد علي بكر ان ما في
يده من العبد ملك له وبرهن عليه والنوعان بعد اتفاقهما في نقض الحكم
المستحق عليه ومن تملك ذلك الشي من جهته مستحقا عليهم حتي ان
واحدا منهم لو ادعي واقام البينة علي المستحق بالملك المطلق لا تقبل
بينته مختلفان بوجه اخر اذ النوع الاول يوجب انفساخ كل منها الي
الي حكم القاضي بلا اختلاف رواية ووقع عليه بقوله فلكل من البا عة
الرجوع علي بايعه وان لم يرجع عليه عليه بصيغة المجهول اي
وان لم يحصل الرجوع عليه ويرجع هو ايضا كذلك علي الكفيل وان لم
يقض علي المكفول عنه فان توقف رجوع البعض علي البعض علي حكم
القاضي انما يكون اذا بقي اثر العقد وهو الملك كما في النوع الثاني واذا
لم يبق لم يحتج اليه وايضا بدل الحر ليس بمملوك فلا يجتمع ثمنان في ملك
واحد بخلاف الاستحقاق بالملك كما سياتي والحكم بالحرية الاصلية
حكم علي الكافة اي كافة الناس حتي لا تسمع دعوي الملك من احد
كذا العتق وفروعه فان الحرية حق الله تعالى حتي لا يجوز استرقاق
الحر برضاه والناس كلهم خصوم في اثبات حقوق الله تعالى نيابة
عنه تعالى لكونهم عبيده فكان حضور الواحد كحضور الكل بخلاف
الملك فانه حق العبد خاصة فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب
لعدم ما يوجب انتصابه خصما الا ان من تلقي الملك من جهته يصير

العقود الجارية بين
الباعة بلا حاجة في انفساخ

مقضيا عليه ايضا لتعدي اثر القضا اليه لاتحاد الملك ومن قضي عليه
في حادثة لم يصر مقضيا له فيها بتلك الجهة واما الحكم في الملك المورخ
فعلي الكافة من التاريخ لا قبله حتي اذا قال زيد لبكر انك عبدي ملكتك
منذ خمسة اعوام فقال بكر اني كنت عبد بشر ملكني منذ ستة اعوام
واعتقني فبرهن عليه اندفع دعوي زيد ثم اذا قال عمر لبكر انك عبدي
ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكي الان فبرهن عليه يقبل وينفسخ الحكم
بحريته ويجعل ملكا لعمرو ويدل عليه ان قاضي خان قال في اول البيوع من
شرح الزيادات بعد ما حقق المسالة حق التحقيق فصارت مسايل الباب
علي قسمين احدهما عتق في ملك مطلق وهو عتق لحرية الاصل والقضا
قضا علي كافة الناس والثاني القضا بالعتق في ملك مورخ وهو قضا
علي كافة الناس من وقت التاريخ فلا يكون قضا قبله فليكن هذا
علي ذكر منك فان الكتب المشهورة خالية عن هذه الفايدة والنوع
الثاني لا يوجب انفساخها اي انفساخ العقود في ظاهر الرواية
لانه لا يوجب بطلان الملك والحكم به اي بهذا النوع من الاستحقاق
حكم علي ذي اليد حتي يوخذ المدعي من يده وعلي من تلقي ذو اليد الملك
منه بلا واسطة او وسايط فلا تسمع دعوي الملك منهم لكونهم محكوما
عليهم تفريع علي قوله والحكم به حكم علي ذي اليد بل دعوي النتاج بان
يقول بايع من الباعة حتي رجع عليه بالثمن انا لا اعطي الثمن لان
المستحق كاذب لان المبيع نتج في ملكي او ملك بايعي بلا واسطة او بها
فتسمع دعواه ويبطل الحكم ان اثبت او تلقي الملك من المستحق بان
يقول انا لا اعطي الثمن لاني اشتريته من المستحق فتسمع ايضا ولا

تعاد

نعاه
البينة للرجوع هذا ايضا تفريع على قوله والحكم به الخ يعني اذا كان
الحكم للمستحق حكما على الباعة فاذا اراد احد من المشترين ان يرجع
على بايعه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة ولكن لا يرجع احد من المشترين
على بايعه قبل الرجوع عليه حتى لا يكون للمشتري الاوسط ان يرجع
على بايعه قبل ان يرجع عليه المشتري الاخير ولا يرجع بصيغة المجهول
اي لا يحصل رجوع الى المحكوم عليه على الكفيل اي الضامن بالدرك قبل
القضاء على المكفول عنه لانه الاصل ومنه سرى الحكم الى الكفيل وانما
لم يرجع قبل الرجوع عليه لئلا يجتمع ثمنان في ملك شخص واحد لان بدل
المستحق مملوك ثم الرجوع اي رجوع المشتري بالثمن على البايع انما يكون
اذا ثبت الاستحقاق بالبينة لما عرفت انها حجة متعدية اما اذا ثبت
باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين او باقرار وكيل المشتري بالخصومة
او بنكوله فلا يوجب فلا يوجب الرجوع بالثمن لان اقراره لا يكون
حجة في حق غيره وفي زيادات ابي بكر بن حامد البخاري اشترى
دارا واستحقها رجل باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين لا يرجع
على بايعه بالثمن فان اقام المشتري البينة ان الدار ملك المستحق ليرجع على
بايعه بالثمن لا تسمع بينته اما لو اقام البينة على اقرار البايع ان المبيع
ملك المستحق تقبل ويواخذ البايع بالثمن ولو لم تقم بينة على اقرار البايع
بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ما هو للمدعي كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل
عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر ويسترد منه الثمن بعد ذلك كذا في العمادية
وهذا مما يجب حفظه والناس غافلون عنه وقد فرع عليه بقوله
قيمة ولدت عند المشتري لا باستيلاد فاستحقت ببينة تبعها

ولدها اي باخذها المستحق وولدها وان اقر بها لرجل الا اي لا يتبعها ولدها بل باخذها المقر له لا ولدها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة تتقدر بقدر الضرورة التناقض يمنع دعوى الملك لانه لا يكون متحا فيها لا دعوى الحرية اما الحرية فلخفا حال العلوق فان الولد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحرية ابيه وامه قيد الحرية والتناقض ما في طريقه خفا لا يمنع صحة الدعوى واما العارضة فلان المولى ينفرد بالاعتاق والتدبير بلا علم العبد فيجري فيه ايضا الخفا فيجعل التناقض فيه عفوا واذا اقام المكاتب بينة على اعتاق سيده قبل الكتابة يقبل لاستقلال سيده بالتحرير والطلاق فان المراة اذا اختلعت ثم اقامت بينة على انه طلقها ثلاثا قبل الخلع فانها تسمع وان تناقضت للخفا في تطليقه لاستقلاله به والنسب كما اذا قال ليس هذا ابني وكذا اذا قال لست انا بوارث فلان ثم ادعى انه وارثه وبين جهة ارثه فيصح وفرع عليه بقوله فلو قال رجل لاخر اشتري فانى عبد فاشتراه ثم ادعى الحرية فاثبت حريته ضمن العبد ان لم يعلم مكان بايعه لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن عند تعذر استيفايه من البايع فيجعل المشتري مغرورا والتغرير في المعاوضة سبب الضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فاذا ظهر حريته واهليته للضمان وتعذر الاستيفا من البايع حكم عليه بالضمان ورجع اي العبد عليه اي البايع اذا وجده لانه قضى دينا على البايع وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن حيث يرجع

على

تثبت

الاصل صح

ثم قال هذا ابني تسمع

بالاتفاق حيث لم يكن متحقا بل كان قادرا على الاقدام على الحرب...

علي المديون ولو لم يقل اشترني اوقاله ولم يقل اني عبد ليس علي العبد
شي وان علم اي بكان بايعه فلا اي لا يضمن العبد بخلاف الرهن فانه اذا
قال ارتهني فاني عبد لا يجعل ضامنا لانه مختص بعقد المعاوضة
والرهن ليس كذلك والرهن بل حبس بلا عوض يقابله وفايدة
ذكر المسئلة بطريق التفريع علي ذلك الاصل دفع اشكال من اول الامر
ذكر في الكتب المشهورة ان الدعوي شرط في حرية العبد عند ابي حنيفة
رحمه الله والتناقض يفسد الدعوي لا عبرة لتاريخ الغيبة بل العبرة
لتاريخ الملك فلو قال المستحق غابت عني منذ سنة بعني استحق رجل
دابة من يد اخر وقال المستحق عند الدعوي غابت عني هذه الدابة
منذ سنة فقبل ان يقضي القاضي بالدابة للمستحق احضر المستحق عليه
البايع عن القصة فقال البايع لي بينة انها كانت ملكي منذ سنتين
لا تندفع الخصومة بل يقضي القاضي بالدابة للمستحق لان المستحق
ما ذكر تاريخ الملك بل ذكر تاريخ غيبة الدابة فبقيت دعواه دعوى
الملك بلا تاريخ والبايع ذكر تاريخ الملك ودعواه دعوي المشتري
لان المشتري تلقي الملك منه فصار كان المشتري ادعي ملك بايعه بتاريخ
سنتين الا ان التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد كما سيأتي فسقط اعتباره
وبقيت الدعوي في الملك المطلق فيقضي بالدابة العلم بالاستحقاق
لا يمنع صحة الرجوع يعني اذا اشتري شيا من الرجل يعلم انه ليس
ملكا له بل لغيره فبعد ما استحق ذلك الغير واخذ المشتري من يد
المشتري علي البايع ولا يمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه فاذا
استولد مشترية يعلم غصب البايع اياها كان الولد رقيقا ويرجع

ولو اراد عنوان
هذه المسئلة
فتقول اي ...

ولا يرجع المشتري

بالثمن يعني اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم ان البايع غاصب فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور لعلمه بحقيقة الحال ولكن يرجع بالثمن على البايع ولو اقام البايع بينة ان المشتري اقر بعد الشرا بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا في العمادية لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة انه كتاب كذا بل بالشهادة على مضمونه يعني اذا استحقت دابة من يد المشتري ببخاري وقبض المستحق عليه السجل ووجد بايعه بسمرقند واراد الرجوع عليه بالثمن واظهر سجل قاضي بخاري واقام البينة ان هذا كتاب قاضي بخاري لا يجوز لقاضي سمرقند ان يعمل به ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود ان قاضي بخاري قضى على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من هذا البايع واخرجها من يد المستحق عليه هذا لان الخط يشبه الخط فلا يجوز الاعتماد على نقل السجل بل يشترط ان يشهدوا على قضا القاضي وعلى قصر يد المستحق عليه كذا في العمادية كذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة المراد بما سواها المحاضر والسجلات والصكوك فان في كل منها تجب الشهادة على مضمون المكتوب لان المقصود بكل منها كونها حجة على الخصم وهو لا يكون الا به بخلاف نقل الوكالة والشهادة فان المقصود بها حصول العلم للقاضي ولهذا لا يجوز كون شهود الطريق كفارا وان كان الخصم كافرا قبض كل المبيع فاستحق بعضه بطل البيع في قدر ذلك البعض فان

بعدم

اورث

اوورث اي البعض العيب في الباقي اوكان المستحق شيئين كشي
واحد كالسيف بالغمد والقوس بالوتر خير المشتري فيه اي
الباقي وهو ظاهر والا اي وان لم يورث عيبا في الباقي ولم يكن
شيئين كشي واحد لزمه اي لزم الباقي المشتري بحصته من
الثمن توضيحه ان البيع اذا بطل في قدر البعض المستحق بنظر ان
كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي كما اذا كان المعقود
عليه شيا واحدا مما في تبعيضه ضرر كالدار والارض والكرم
والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضي بحصته
من الثمن وان شاء رد وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين وفي الحكم كشي
واحد فاستحق احدهما فله الخيار في الباقي وان كان استحقاق
ما استحق لا يورث عيبا في الباقي كما اذا كان المعقود عليه
ثوبين او عبدين فاستحق احدهما او صبرة حنطة او جملة وزني
فاستحق بعضه فانه لا ضرر في تبعيضه فلزم الباقي المشتري
بحصته من الثمن وليس له الخيار كذا في شرح الطحاوي او بعضه
عطف على كل المبيع فاستحق المقبوض او غيره اي غير المقبوض
بطل البيع فيه اي فيما اذا قبض البعض ايضا اي كما بطل
في القدر المستحق في صورة قبض الكل وخير المشتري في
الباقي سوا اورث تبعيضه اي استحقاق البعض العيب فيه
اولا لتفرق الصفقة على المشتري بسبب الاستحقاق قبل
التمام ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شي كمائة درهم
مثلا فاستحق بعضها اي بعض الدار لم يرجع صاحب الدار

بشي من البدل علي المدعي لجواز ان يكون دعواه فيما بقي وان قل
او استحق كلها اي كل الدار رد كل العوض للعلم بانه اخذ عوض ما لم
يملكه فيرده وان ادعاها اي الدار كلها فصولح علي شي كما يه
فاستحق بعضها اي بعض الدار رجع بحصته لان الصلح علي ماية
وقع علي الكل فاذا استحق منها شي تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر
فيرد بحسابه من العوض صالح من الدنانير علي دراهم وقبضها
اي الدراهم فاستحقت اي الدراهم بعد التفرق رجع بالدنانير لان
هذا الصلح في معني الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب
الرجوع جاز اعتاق مشتر من غاصب باجازة بيعه بيعي لو غصب
رجل عبدا او باعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك بيع الغاصب
جاز عتقه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز اذ لا عتق
بدون الملك لقوله صلي الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والموقوف
لا يفيد الملك ولو افاد يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه
والمصحح له الملك الكامل للحديث ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف
مطلقا موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق متوقفا عليه بنفاذه
بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا
من تركة مستغرقة بالدين حيث يصح وينفذ اذا قضي الدين بعده
لا بيعه اي لا يجوز بيع المشتري من الغاصب بعد ما اجاز المالك
بيع الغاصب اذ بالاجازة يثبت للبايع وهو المشتري الاول ملك
بات فاذا طرا علي ملك موقوف لغيره ابطله لاستحالة اجتماع
الملك البات والملك الموقوف في محل واحد باع عبد غيره بغير امره

وبرهن المشتري على اقرار البايع او المولى انه لم يامر بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل للتناقض في الدعوى اذا قدامها على الشرا اقرار منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة مبنية على دعوى صحيحة فاذا ابطلت لا تقبل البينة ولو اقر البايع به عند القاضي بطل ان طلب المشتري لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من انكر شيئا ثم اقر به يصح اقراره بخلاف الدعوى لانه متهم فيها وللمشتري ان يساعده عليه فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري باع دار غيره بلا امره واعترف بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع قال في الكنز باع دار غيره بغير امره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع قال الزيلعي معنى المسالة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير تعلم ان قوله وادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البناء في ذلك ولهذا تركت تلك العبارة ههنا

باب السلم

هو لغة بمعنى السلف فانه اخذ عاجل باجل سمي بهذا العقد لكونه معجلا على وقته فان وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البايع والسلم عادة يكون بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الاية فانها تشمل السلم والبيع بثمن موجل وتاجيله

بعد الحلول والسنة قوله صلي الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الي اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع المعدوم لكنه
ترك لما ذكر ولم يتمسك بما روي انه صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم لان محمد ابن العز الحنفي قال في حواشي الهداية
هذا اللفظ هكذا لم يروه احد من الصحابة في كتب الحديث وكانه من
كلام واحد من الفقهاء وشرعا بيع الشي علي ان يكون ذلك الشي دينا علي
علي البايع بشرايط معتبرة شرعا وسياتي بيانها والبايع في الاصطلاح
مسلم اليه والمشتري رب السلم والمبيع مسلم فيه والثمن راس المال ويصح
فيما يعلم قدره اي مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع وصفته اي جودته
ورداءته ونحو ذلك كالمكيل والموزون المثمن احتراز عن الدنانير والدراهم
فانها من الموزونات لكنها ليست مثمنة بل اثمان فلا يجوز فيها السلم.
والعددي المتقارب كالجوز والبيض والفلس واللبن والاجر بملبن معلوم
والذرعي كالثوب مبينا قدره اي طوله وعرضه وصفته اي غلظه ورقته
ووزنه ان بيع به اي بالوزن فصح في السمك المليح اي القديد بالملح يقال سمك
مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة والطري حين يوجد غير مقيد
بوقت دون وقت حتي لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا وضربا
اي نوعا معلومين قيد للمالح والطري وصح في الطست والقمقمة والخفين
اذا عين كل منها بما يرفع النزاع لا فيما لا يعلمان اي قدره وصفته عطف
علي قوله فيما يعلم قدره وصفته كالحيوان واطرافه واللحم والجلود عددا
قيد للجلود والحطب حزما جمع حزمة وهي بالفارسية بند هيزم والرطبة
جرزا جمع جرزة وهي بالفارسية دسته تره والجوهر والخرز بالتحريك

الذي ينتظم فان في كل منها تفاوتا فاحشا يمنع السلم حتى ان بين الطول والعرض
والصفة في الجلود وقدر ما يشد به الحزمة جاز والمنقطع اي ولا فيما انقطع
ولم يوجد من حين العقد الى حين المحل اي الاجل بان استغرق العدم جميع
الوقت من العقد الى الاجل ولا بكيل او ذراع معين لم يعلم قدره لان التسليم
يتاخر فيه فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة ولا ببر قرية او ثمر نخلة معينة اذ
قد تعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وشرط صحته بيان الجنس
كبر وشعير والنوع كسقية وبخسية والصفة كجيد ورديء والقدر
نحو كذا كيلا لا ينقبض ولا ينبسط والاجل واقله شهر في الاصح وقيل
ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وقدر راس المال في المكيل والوزني
والعددي يعني يشترط بيان قدر راس المال وان كان مشارا اليه
فيما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب
كالجوز والبيض وقالا لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة
حتى لو قال لغيره اسلمت اليك هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن
الدراهم او قال اسلمت اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران
ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح واجمعوا ان راس المال
اذا كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة ومكان ايفاء
ما لحمله مؤنة والا اي وان امكن لحمله مؤنة فيوفيه حيث شاء وهو
الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال كذا الثمن اي الثمن المؤجل
بان باع عبدا حاضرا ببر موصوف في الذمة الى اجل حيث يشترط بيان
مكان الايفاء والقسمة بان اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه
شيئا له حمل ومؤنة كزيادة غرس وبناء في نصيبه يشترط بيان

مكان الايفا والاجر بان استاجر دارا او دابة لما حمله مؤنة دينا في الذمة بشترط بيان مكان الايفا وشرط بقايها اي بقا صحة السلم قبض راس ماله قبل الافتراق فانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض فان اسلم مائة نقدا او مائة دينا على المسلم اليه في كر بر بطل في حصة الدين لانتفاء القبض في المجلس وجاز في حصة النقد لاجتماع الشرايط ولا يشيع الفساد لانه طار لوقوع السلم صحيحا ابتدا حتى لو نقد راس المال في المجلس صح لا يتصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلان فيه تفويت القبض الواجب بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز كاشترى بشركة متعلق بقوله لا يتصرف بان يقول رب المسلم اعطني نصف راس المال ليكون نصف المسلم فيه لك او تولية بان يقول اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه ليكون المسلم فيه لك او نحوهما وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وفرع على قوله لا يتصرف الى اخره بقوله فان تقايلا السلم لم يشتر اي رب السلم من المسلم اليه شيا براس المال حتى يقبضه كله لئلا يلزم التصرف في راس المال قبل قبضه اشترى كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح يعني اسلم كرا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضا لم يكن قضا وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وان

امر

امر مقرضه صح يعنى ان لم يكن سلما وكان قرضا فامر مقرضه بقبض
الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود
عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان كذا اى صح ايضا فى الصورة
الاولى لو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه له اى لاجل المسلم
اليه ثم لنفسه ففعل اى اكتاله للمسلم اليه ثم اكتاله لنفسه وانما صح لاجتماع
الكيلين ولو امره رب السلم اى امر رب السلم المسلم اليه ان يكيل المسلم
فيه فى ظرف رب السلم فكال فى ظرفه بغيبته او امر المشترى البايع
فكال فى ظرفه اى ظرف البايع لم يكن قضا لان الامر بالكيل لم يصح لعدم
مصادفته ملك الامر لان حقه فى الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا
لظرف رب السلم او واضعا ملك نفسه فيه بخلاف كيله فى ظرف المشترى
بامره يعنى لو اشترى مثلا حنطة معينة فامر المشترى البايع ان
يكيله فى ظرف المشترى بغيبته صار قابضا لانه ملك الحنطة بالشرا فامره
صادف ملكه كيل العين ثم كيل الدين فى ظرف المشترى قبض وعكسه لا
صورته رجل اسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه
كر حنطة بعينها ودفع رب السلم من المسلم اليه كر حنطة بعينها ودفع
رب السلم ظرفا الى المسلم اليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك
الظرف فان بدا بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين لصحة
الامر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة وامر
المقرض ان يزرعها فى ارضه وان بدا بالدين لم يصر قابضا لشى منهما
اما الدين فلعدم صحة الامر فيه واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكا عند ابى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير
مرضى به لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار ان شاء

نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما
اسلم امة في كر وقبضت اي قبضها المسلم اليه فتقايلا فماتت بقي اي التقايل
او ماتت فتقايلا صح اي التقايل وعليه اي المسلم اليه قيمتها يوم قبض فيهما
اي في الموت بعد التقايل وقبله يعني اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل
راس المال امة وسلمها الى المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الامة
في يد المسلم اليه بقي التقايل ولو ماتت فتقايلا صح التقايل لان الجارية راس
المال وهو في حكم الثمن في العقد والبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد
قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الامة لا يغير حال الاقالة من البقاء في الاولى
والصحة في الثانية فاذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فوجب
عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها كذا المقايضة وهي بيع العين
بالعين كما مر في وجهيه يعني تبقى الاقالة وتصح بعد هلاك احد العوضين
لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي تعتبر المبيعة
وفي الهالك الثمنية بخلاف الشرا بالثمن فيهما يعني اذا اشترى امة بالف
فتقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة
باطلة لان الامة هي الاصل في البيع فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتدا
ولا تبقى انتهاء لعدم محلها القول لمدعي الرداة والاجل فالقول لمدعيهما
اما الرداة فبان يقول المسلم اليه شرطنا الردي وقال رب السلم لم نشترط
... سدا فالقول للمسلم اليه لان رب
في انكاره الصحة لان المسلم فيه زايد على راس المال عادة
شرط الرداة وقال المسلم اليه لم نشترط شيا فالقول لرب
الصحة وبالجملة القول في الصورتين لمدعي الصحة عند

وقف لله تعالى

شيئا يكون العقد فاسدا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
الصحة لان السلم فيه زايد على راس المال عادة ولو ادعى رب السلم شرط
الرداءة وقال المسلم اليه لم تشترطا شيئا فالقول لرب السلم لانه يدعي الصحة
وبالجملة القول في الصور ثلثى لمدعي الصحة وللمنكر عندهما وابا الاجل
فايهما ادعاه فالقول له عنده لانه يدعي الصحة وللمنكر عندهما الا استصناع
وهو ان يقول لصانع كالخفاف اصنع من مالك خفا من هذا الجنس
بهذه الصفة بكذا باجل كان يقول الى شهر صح سلما سوا تعاملوا نحو
خف وطست وقمقمة ونحوها اولا كالثياب ونحوها اما كون الاستصناع
باجل سلما اذا لم يتعاملوا فبالوفاق واما اذا تعاملوا فعند ابي حنيفة
يصير سلما وعندهما لا لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على
مقتضاه ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح وله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع
لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على
السلم اولى وفي الاستصناع بدونه اي بدون الاجل صح استحسانا
للاجماع الثابت بالتعامل من زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يصح بيعا
لا عدة كما نقل عن الحاكم الشهيد وفرع على قوله صح بيعا بقوله
فالصانع يجبر على عمله ولو كان عدة لم يجبر وبقوله والامر لا
يرجع عنه ولو كان عدة لجاز رجوعه المبيع هو العين لا عمله كما
ذهب اليه ابو سعيد البردعي قولا بان الاستصناع استفعال
من الصنع وهو العمل وفرع على كونه العين بقوله فلو جاء الى الصانع

بما صنعه قبل العقد او غيره عطف علي ضمير صنعه وجاز للفصل صح
ولو كان المبيع عمله لماصح ولا يتعين اي المبيع له اي للامر الخيار بعد بلا رضاه
فصح بيعه قبل روية الامر ولو تعين له لماصح بيعه وله اي للامر الخيار بعد
رويته لانه اشتري مالم يره ولم يصح اي السلم في غير المتعامل كالثوب الا
باجل يعني لو امر حايكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم معلومة
لم يجز لانه لم يجر فيه التعامل فبقي علي اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل
وبقي شرايط السلم حينيذ يجوز بطريق السلم سائل شتي جمع شتيت بمعني
المتفرق صح بيع كل ذي ناب او مخلب كالكلب والفهد والسباع والطيور
الجوارح علمت اولا لانه مال متقوم آلة الاصطياد الا الخنزير لانه نجس
العين والذمي فيه اي في البيع كالمسلم لقوله صلي الله عليه وسلم فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما علي المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين الا في
والخنزير
في بيع الخمر فان عقدهم فيهما كعقد المسلم علي العصير والشاة وميتة لم
تمت حتف انفها فانها كالخنزير وانما قال لم تمت حتف انفها لانها
لو ماتت كذلك بطل بيعها اتفاقا لانها ليست بمال عند احد وقد مر
في البيع الفاسد وفرع علي قوله والذمي فيه كالمسلم بقوله فاذا اشتري
اي الذمي عبدا مسلما او مصحفا يصح لدخوله تحت اطلاق الحديث ويجبر
علي بيعه لان في ابقايه في يده اذلالا له وطي زوج المشتراة قبض لا نكاحها
يعني اذا اشتري جارية وزوجها قبل قبضها صح فان وطئها زوجها
فقد قبضت للمشتري والا فلا يكون بمجرد تزويجها قابضا لها اشتري
اي المشتري قبل القبض
شيئا فغاب فبرهن البايع علي بيعه وعدم قبض ثمنه ان علم مكانه لم
يبع لدينه اي دين البايع لامكان ان يصل البايع الي حقه بدون البيع وفيه

ابطال

٢٢٤

ابطال حق المشتري والا اي وان لم يعلم مكانه بيع العبد وادي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البايع فيظهر علي الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه ببيعه القاضي كالراهن اذا مات مفلسا يبيع القاضي الرهن ويقضي الدين وان اشتريا اي ان كان المشتري اثنين وغاب احدهما فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه اي المبيع وحبسه حتي ينقد شريكه لانه مضطر في الدفع اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شي والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الي ان يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضي الثمن من مال نفسه باع شيا بالف مثقال ذهب وفضة تنصفا اي الذهب والفضة به اي بالمثقال بان يجب خمسماية مثقال من الذهب وخمسماية مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما علي السوا وباع شيا بالف من الذهب والفضة تنصفا اي الذهب والفضة بمثقال ودراهم وزن اي من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم كل عشرة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الي الوزن المعهود في كل منهما قبض زيفا عن جيد بلا علم واتلف او تلف كان قضا يعني اذا كان له علي اخر عشرة دراهم جيادا فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالي وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بجياده لان حقه في الوصف مرعي كحقه في الاصل فلا يمكن رعايته بايجاب ضمان الاصل الوصف اذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب الرجوع الي

ماقلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
جاز فيقع به الاستيفا ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب
ضمانها لما مر ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له
كذا في الكتب المشهورة وقال صدر الشريعة يرد عليهما ان مثل هذا
في الشرع كثير فان جميع تكاليف الشرع من هذا القبيل لانها ايجاب
ضرر قليل لاجل كثير اقول ليس شي من تكاليف الشرع من هذا
القبيل فان الضرر فيها دنيوي والنفع اخروي ولا يجوز للعبد
ترك النفع الاخروي لانه حق الله تعالى بخلاف ما نحن فيه فان الضرر
والنفع فيه دنيويان ويجوز للعبد ترك النفع الدنيوي لانه حقه
ولهذا اجاز التجوز به كما مر وبالعثور على صدور امثاله هذا عن
الفاضل يكاد يميل الى الظن انه كثيرا ما يغفل عن دقايق هذا الفن
افرخ طير او باض او تكنس ظبي في ارض فهو للجميع كان كل من الفرخ
والبيض وولد الظبية للاخذ لا لرب الارض لانه مباح سبقت يده
اليه كصيد تشبك بشبكة نصبت للجفاف ودرهم او سكر نثر فوقع
على ثوب لم يعد له اي سابقا ولم يكف اي لاحقا حتى اذا اعد الثوب
لذلك فهو لصاحب الثوب وكذا اذا لم يعد لكن لما وقع فيه كفه يحصل
بهذا الفعل له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه
تبعا للارض كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فيها يجري ان ما ما يبطل
بالشرط الفاسد وما لا يصح تعليقه بالشرط ههنا اصلان احدهما
ان كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشروط الفاسدة لان الشرط
الفاسد من باب الربا وهو في المعاوضات المالية لا غيرها من المعا

وضات

الوصف في مقابلة
الجنس بالمقابلة الاعتبار

نفع

وضاً والتبرعات
لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة
كما مر هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون فيه
فضل خال عن العوض وهو الربا ولا يتصور ذلك في المعاوضات
الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحوها ولا في التبرعات
كالهبة بل يفسد الشرط ويصح التصرف وثانيهما ان التعليق
بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وهو من
باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا
وذلك كالطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات
يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات قال عليه الصلاة
والسلام من قتل قتيلا فله سلبه وهو اربعة عشر البيع
وقد مر بيانه في البيع الفاسد واجارته فان اجازة البيع كالبيع حتى
لو قال ان زاد فلان في الثمن فقد اجزت البيع بطلت الاجازة والقسمة
والاجارة فان في الاولى معنى المبادلة وفي الثانية معنى تمليك المنفعة
والاجرة والرجعة فانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدايه
فلا يجوز تعليقه بالشرط والصلح عن مال فيكون معاوضة مال بمال فيكون
بيعا والابراء عن الدين فانها تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان
كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات الا اذا علق
بكاين اي بشرط واقع حتى لو قال المديون مال بمن ده فقال
بتو بخشودا دهام فقال المدعى كرد اده بمن رسيدم از تو داده
است صحت البراة لان هذا تعليق البراة بشرط كاين كذا في

الاستروشنية وعزل الوكيل والاعتكاف فانهما ليسا مما يحلف به فلا
يجوز تعليقهما بالشرط والمزارعة والمعاملة فانهما اجارة
لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكون معاوضة
مال بمال فيفسدان بالشرط والاقرار فانه اخبار متردد بين
بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط
ولا بالعكس وانما التعليق في الايجاب ليتبين انه ليس بواقع
قبل وجود الشرط فان فيه تمليك المنفعة والتحكيم فانه تولية
صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة
بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه
تولية يصح فلا يصح بالشك وما لا يبطل به اي بالشرط الفاسد
ستة وعشرون القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق
والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة
والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة
الا اذا كان الفساد في صلب العقد صلب الشيء ما يقوم به
ذلك الشيء وقيام البيع بالعوضين فكل فساد في احد العوضين
يكون فسادا في صلب العقد قال الزيلعي الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد
اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على
ان لا يعامل فلانا فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط واما اذا كان
الشرط داخلا في صلب العقد بان كاتبه المسلم على خمر او خنزير فانها تفسد به وانما كانت كذلك
لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث
انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد

اذا كان

اذا كان المعقد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزايد اقول وبهذا يعلم ان ما قال في الاسترو شنية والعمادية اولا وتعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وانها تبطل بالشرط الفاسد مبني على كون الفساد في صلب العقد وما قال لا ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط مبني على كون الشرط زايدا ليس معه فساد في صلب العقد ولهذا قيد الشرط في الاول بالفاسد دون الثاني فلا وجه لما قال بعض المتصلفين هذا الكلام لا يتم على اطلاقه لانه لو كاتب عبده بشرط ان لا يخرج من المدينة صح الكتابة وبطل الشرط ففي هذه الصورة لم تبطل الكتابة بفساد الشرط واذن العبد في التجارة بان اذن المولى لعبده بشرط ان يوقت بشهر او سنة او نحوها ودعوة الولد بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني والصلح عن دم العمد وكذا الابراء عنه ولم يذكروه اكتفاءا بالصلح اذ ليس بينهما كبير فرق فان الولي اذا قال للقاتل عمدا ابرات دمك على ان لا تقيم في هذه البلدة مثلا وصالح معه عليه صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط وعن الجراحة التي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن القتل الخطا والجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول والصلح عن جناية الغصب اي المغصوب وجناية العارية والوديعة اذا ضمنها اي موجبات الصلح في الصور المذكورة رجل وشرط فيها كفالة او حوالة فان الصلح صحيح والشرط باطل وعقد

٢٢٨

الذمة فان الامام اذا فتح بلدة واقر اهلها علي املاكهم وشرط مع الامام في عقد الذمة ان لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة كما هو المشروع فالعقد صحيح والشرط باطل والرد بالعيب وخيار الشرط بان يقول المشتري ان لم ارد هذا الثوب المعيب عليك اليوم فقد رضيت بالعيب وكذا الرد بخيار الشرط كان يقول ابطلت خياري غدا وله الخيار اكثر من ذلك يبطل الشرط وله الرد بالعيب وخيار الشرط وعزل القاضي بان يقول الامام للقاضي اذا وصل كتابي اليك فانت معزول قيل يصح الشرط ويكون معزولا وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولا وبه يفتي كذا في العمادية والاستروشنية وانما لم تبطل هذه التصرفات بالشرط الفاسد لانها اما ليست من المعاوضات المالية او من تبرعات او اسقاطات وما يصح اضافته الي المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها اما الاجارة فلانها تمليك المنافع ووجودها لا يتصور في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو قول علمائنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة علي حسب حدوثها واما فسخها فمعتبر بها فيجوز مضافا كما ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتي لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الي الزمان كالبيع اقول هكذا وقعت العبارة منضما فسخ الاجارة الي الاجارة في الفصولين وغيرهما من المعتبرات ووجهه ما ذكر وبعد ذلك نقل في الفصولين ما نقله حيث قيل ذكر في فتاوي القاضي ظهير الدين لو قال اجرتك داري هذه راس كل شهر بكذا اجاز في قولهم ولو قال اذا جاء راس الشهر فقد فاسختك

لم يصح

لم يصح اجماعا كذا ذكر في فوايد صاحب المحيط ولو قال فاسختك
غدا هل يصح الفسخ المضاف لا رواية لهذا واختلف المشايخ فيه
واختار ظهير الدين انه لا يصح فبين الكلامين تناف ظاهر فلينأمل
والمزارعة والمعاملة فانها اجارة حتى ان من يجيزهما لا يجيزهما
الا بطريقهما ويراعي فيهما شرايطها والمضاربة والوكالة فانهما من
باب الاطلاقات والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل كان
قبل العقد والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك
فهو بالعقد والتوكيل اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة
فانها من باب الالتزامات فتجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها
بالشرط الملايم كما تقرر في موضعه بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها
بالشرط مطلقا لما ذكرنا والايصا اي جعل الشخص وصيا والوصية
بالمال فانها لا يفيد ان الا بعد الموت فيجوز تعليقهما واضافتهما
والقضا والامارة فانها تولية وتفويض محض فجاز اضافتهما
والطلاق والعتاق فانهما من باب الاطلاقات والاسقاطات
وهو ظاهر والوقف فان تعليقه وان تعليقه الى ما بعد الموت
جايز وما لا تصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجارته وفسخه
والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
والابرا عن الدين فان هذه الاشيا تمليكات فلا تجوز اضافتها
الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله اعلم
باب الصرف عنونه الاكثرون بالكتاب وهو
لا يناسب لكون الصرف من انواع البيع كالربا والسلم فالاحسن ما اختير

هٰهنا هو لغة بمعنى الفضل فسمي به هذا العقد اذ لا ينتفع بعينه ولا يطلب
وبمعنى فيه الا الزيادة النقل فسمي به لاحتياجه في بدليه الى النقل من يد الى يد
قبل الافتراق وشرعا بيع الثمن بالثمن اي ما خلق للثمنية كالذهب والفضة
سواء كان جنسا بجنس او بغيره كبيع الذهب والفضة بالذهب والفضة
بالفضة والفضة بالذهب او بالعكس فان تجانسا اي الثمنان بان
يكونا ذهبين او فضتين لزم التساوي والتقابض لما مر في الربا من
قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا
بمثل يدا بيد والفضل ربا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا
يمشيان في جهة واحدة او ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا
قبل الافتراق صح وقد قال عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح
فثب معه بخلاف خيار المخيرة اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل
على الرد والقيام دليله ولو صلية اختلفا اي المتجانسان جودة
وصياغة اذ لا عبرة لهما لما مر في الربا والا اي وان لم يتجانسا
فالتقابض لما مر ان احد جزئي العلة يحرم النسا فلو باع احدهما
بالاخر اي احد مختلفي الجنس يعني الذهب بالفضة او بالعكس
جزافا او تفاضلا وتقابضا فيه اي في المجلس صح لم يذكر التساوي
لانه ليس محل الاشتباه ولا يتعينان اي لا يتعين العوضان في
الصرف كسائر العقود حتى اذا لم يكن عند العاقدين شيء فاستقرضا
فاديا قبل افتراقهما او استحق كل من العوضين فاعطى كل منهما
صاحبه بدل ما استحق من جنسه او امسكا ما اشار اليه في العقد
واعطيا مثلهما جاز ويفسد اي الصرف بخيار الشرط اذ يمنع به

استحقاق

٣١

استحقاق القبض مانع الخيار لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه والاجل لانه يمنع القبض الواجب ويصح الصرف ان اسقطاه اي خيار الشرط والاجل في المجلس لارتفاع المفسد قبل تقرره ظهر بعض البدل زيفا فرد انتقض فيه فقط اي انفسخ الصرف في المردود ويبقى في غيره لانتفاء القبض فيه فقط لا يتصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لانه واجب حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته فلو اشترى به اي بثمن الصرف ثوبا فسد بان باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا فسد اشترى امة مع طوق ذهب قيمة كل الف درهم بالفين نسيئة فسد في الكل اما في الصرف لفوات التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض قبول في الباقي ولو نقد الفا يعني في المسئلة السابقة او اشتراها اي الامة والطوق بالفين احدهما نقد والاخرى نسيئة فهو ثمن الطوق اما في الاولى فلان قبض حصة الطوق في المجلس واجب لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب واما في الثانية فلان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر من العاقدين وان وصلية لم يبين انه ثمن الطوق او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فظاهر لانه لما باع قصد الصحة ولا صحة الا بان يجعل المقبوض في مقابلة الفضة واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما

فان معناه خذ هذا على انه بعض ثمن مجموعها لظهور ان
الالف ليس ثمن المجموع وثمن الفضة بعض ثمن المجموع فيحمل عليه تحريا
للجواز كذا اذا باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها
اي الحلية ان تخلص بلا ضرر وكان المقبوض حصة الحلية وان لم يبين
ذلك لما ذكرنا وكذا اذا قال خذ هذا من ثمنهما لما مر فان لم
يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها والا اي
وان لم تخلص بلا ضرر بطل العقد فيهما اي السيف والحلية اما
الحلية فلما مر واما السيف فلانه لا يمكن تسليمه بغير ضرر ولهذا
لم يجز افراده بالعقد كالجذع في السقف باع اناء فضة وقبض بعض
ثمنه وافترقا صح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وصح
فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل
بالافتراق فلا يشيع وان استحق بعضه اخذ المشتري باقيه بقسطه
بخيار او رده لان الشركة عيب في الاناء وان استحق بعض قطعة
نقرة بيعت اخذ الباقي بقسطه بلا خيار لان التبعيض لا يضره صح
بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وبيع كر بر وكر شعير
بضعفيهما اي كري بر وكري شعير وعند زفر والشافعي لا يصح
لانه قابل الجملة بالجملة ومن ضرورته الانقسام على الشيوع وفي
صرفه الجنس الى خلاف الجنس تغيير تصرفه قلنا المقابلة المطلقة
تحتمل الصرف الى كل فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وليس فيه
تغيير اصل التصرف بل وصفه اذ موجبه ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل وهو حاصل بهذا الوجه وصح بيع احد عشر درهما بعشرة

دراهم

دراهم ودينار بان يكون عشرة بعشرة دراهم ودرهم بدينار بالطريق
المذكور وصح بيع درهم صحيح ودرهمين غلة وهي ما يرده بيت المال
وياخذه التجار بدرهمين صحيحين ودرهم غلة لتحقق التساوي
في الوزن وسقوط اعتبار الجودة ومن له على اخر عشرة دراهم فباع من
هي اي العشرة عليه دينارا بها اي بعشرة عليه صح بالاجماع وتقع بنفس
العقد وان باعه اي الدينار بعشرة مطلقة اي غير مقيدة بكونها
عليه ودفعه اي الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة صح بعد ايضا اذ
صار لكل واحد منهما على الاخر عشرة دراهم فتقاصا العشرة بالعشرة
فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة وبيعا للدينار
بعشرة على عمرو اذ لولم يحمل عليه لكان استبدالا ببدل الصرف الغالب
الفضة من الدراهم والغالب الذهب من الدنانير فضة وذهب حكما
ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يصح بيع الخالص
به اي بغالب الفضة والذهب ولا بيع بعضه اي بعض غالب الفضة
والذهب ببعض منه الا متساويا وزنا وكذا لا يجوز الاستقراض بها
الا وزنا وذلك لان النقود لا تخلوا عن قليل غش عادة فيلحق القليل
بالرداءة والجيد والردي سواء والغالب الغش منهما اي من الدراهم
والدنانير في حكم العروض اعتبارا للغالب فصح بيعه اي بيع الغالب
الغش بالخالص من الدراهم والدنانير ان كان اي الخالص اكثر
من المغشوش صرفا للجنس الى الجنس والزائد الى غيره وصح بيعه
ايضا بجنسه متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس بشرط التقابض
في المجلس في الصورتين وانما شرط لان القبض في الخالص شرط

فشرط في الغش لعدم التمييز وان كان اي الخالص مثله الي مثل الغالب
الغش او اقل منه او لا يدري فلا اي لا يصح البيع للربا في الاولين او
لاحتماله في الثالث واذا راج اي الغالب الغش لم يتعين بالتعيين
والا اي واذا لم يرج فهو سلعة فيتعين بالتعيين وان كان يقبله البعض
دون البعض هو كالزيوف لا يتعلق العقد بعينه بل بجنسه زيفا
ان كان البايع يعلم حاله لتحقق الرضا منه وبجنسه من الجياد وان لم يعلم
لعدم رضاه فالمبايعة والاستقراض بما يروج منه يكون وزنا او
عددا او بهما اي ان كان يروج بالوزن فالبايع والاستقراض فيه
يكونان بالوزن وان كان يروج بالعدد فالعدد وان كان يروج
بهما فبكل واحد منهما لانه المتعارف فيما لا نص فيه والمتساوي
كغالب الخالص في المبايعة والاستقراض حتى لا يجوز البيع بها ولا
اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية ولا ينتقض العقد
بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لان الخالص موجود فيها حقيقة
ولم يصر مغلوبا فيجب اعتبارها بالوزن شرعا الا ان يشار اليها
كما في الخالصة وكغالب الغش في الصرف حتى اذا باعها بجنسها
جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالخالصة لم يجز حتى يكون
الخالص اكثر مما فيه من الخالص فان احدهما لما لم يغلب على الاخر
وجب اعتبارهما اشترى شيئا به اي بالغالب الغش او بفلوس
نافقة فكسد واحد منهما قبل التسليم بطل البيع عند ابي حنيفة
لان الثمن هلك بالكساد ولان الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فيبقى بيعا
بلا ثمن فيبطل واذا بطل فيرد المبيع ان قام ولم يهلك والا فمثله

يتعين بدلالته ما دام يروج كان ثمنا فلا يتعين بالتعيين والاصح

المتساوي

ان

٢٣٥

ان كان مثليا او قيمة ان كان قيميا صح اى البيع بفلوس نافقة بلا تعيين لانه ثمن بالاصطلاح وبالكاسدة به اى بالتعيين لانه سلعة فلابد من تعيينه استقرض فلوسا فكسدت رد مثلها عند ابى حنيفة لانه اعارة وموجبها رد العين معنى وذا بالمثل والثمنية فضل فيه اذ صحة استقراضه لم يكن باعتبار ثمنيته بل لانه مثلى وبالكساد لم يخرج من كونه مثليا ولذا صح استقراضه بعد الكساد شرى بنصف درهم فلوس او دانق فلوس او قيراط فلوس صح وقال زفر لا يصح لانه اشترى بالفلوس فانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم ولا بد من بيان عددها قلنا ما يباع بنصف الدرهم من الفلوس او الدوانق معلوم عند الناس فاغنى عن البيان وعليه اى على المشترى ان يدفع الى البايع قدر ما يباع بها اى بنصف درهم او دانق او قيراط منها اى من الفلوس قال مشتر لمن اعطا درهما من الصيارفة اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اى ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم الا حبة فسد اى البيع فى الكل للزوم الربا بخلاف اعطنى نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة اذ يكون النصف الا حبة بمثله وما بقى بالفلوس ولو كرر اعطنى بان قال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الا حبة صح اى البيع فى الفلوس فقط ولم يصح فى نصف درهم الا حبة لانه لما كرر صارا عقدين وفى الثانى ربا وفساد احد البيعين لا يوجب فساد الاخر تذنيب لكتاب البيع بيع الوفا قيل رهن قال الشيخ نجم الدين النسفى فى فتاواه البيع الذى يتعارف اهل زماننا احتيالا للربا وسموه

بيع الوفا هو في الحقيقة رهن وهذا المبيع في يد المشتري كالرهن
في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له في الانتفاع الا باذن مالكه وهو
ضامن لما اكل من ثمره او استهلكه من شجره والدين يسقط بهلاكه
اذا كان به وفا بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة او اهلك من غير صنعه
وللبايع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن
في حكم من الاحكام لان المتعاقدين سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن
والاستيثاق بالدين لان البايع يقول لكل احد بعد هذا العقد رهنت
ملكي فلانا والمشتري يقول ارتهنت ملك فلان والعبرة في التصرفات
للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني فان اصحابنا قالوا الكفالة بشرط
براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرا كفالة وهبة الحرة نفسها
بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح والاستصناع الفاسد اذا
ضرب فيه الاجل سلم ونظايره كثيرة وكان الامام السيد ابو شجاع
على هذا وقيل بيع ذكر في مجمع النوازل اتفق مشايخنا
في هذا الزمان على صحته بيعا على ما كان عليه بعض السلف لانهما
تلفظا بلفظ البيع من غير شرط فيه والعبرة للملفوظ ابعاد ون المقصود
فان من تزوج امراة ومن نيته ان يطلقها بعد ما جامعها صح العقد وقيل
قايله قاضيخان الصحيح انه اي العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ
البيع لا يكون رهنا لان كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما احكام
مستقلة بل يكون بيعا فان شرطا اي العاقدان الفسخ فيه اي في العقد فسد
لان البيع يفسد به كذا اي يفسد ايضا ان لم يشترطاه اي الفسخ ولكن
تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفا لان هذا الشرط مفسد له او تلفظا بالبيع
الجايز وعندهما اي والحال ان في زعمهما هو

ببيع

٢٣٧

بيع غير لازم فانه ايضا يفيد حينئذ عملا بن عمهما وان ذكرا اي العاقدان البيع بغير شرط ثم ذكراه اي الشرط على وجه الميعاد جاز البيع لخلوه عن المفسد ويلزم الوفا به لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس وصح بيع الوفا بالعقار استحسانا للتعامل واختلف في المنقول قيل يصح لعموم الحاجة وقيل لا يصح لخصوص التعامل والله تعالى اعلم

كتاب الشفعة

لما فرغ من البيع بانواعه شرع فيما يترتب عليه وهذا احسن من تاخيرها الى اواخر الكتب كما وقع في ساير الكتب وهي لغة من الشفع وهو الضم سميت بذلك لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وشرعا تملك العقار وهو الضيعة وقيل ما له اصل من دار او ضيعة كذا في المغرب وما في حكمه كالعلو قال في الكافي العلو يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل وان لم يكن طريق العلو في السفل لانه التحق بالعقار بما له من الحقوق حق القرار جبرا على مشتريه بمثل متعلق بالتملك ما قام عليه من الثمن وتثبت اي الشفعة بعد البيع للخليط اي الشريك في نفس المبيع ثم اي بعد ما سلمها تثبت للخليط في حقه اي في حق المبيع كالشرب والطريق الخاص معنى خصوصهما ان يكون الشرب من نهر لا تجري فيه السفن وان لا يكون الطريق نافذا ثم اي بعد ما سلمها تثبت للجار الملاصق ولو ذميا او ماذونا او مكاتبا لاطلاق ما روي عنه عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله عليه السلام جار الدار احق

ويلزم الوفا صح

وقرار صح

صح

بالدار او الارض بينظر له وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا
والمراد جار هو شريك في الطريق ويثبت الحكم في الشرب دلالة لان
الشفعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت
في الشرب بابه في سكة اخرى فان بابه ان كان في تلك السكة كان خليطا
في حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا صورته منزل مشترك بين اثنين جارا م
في دار العوام في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من صح
المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركا في الدار
احق من الشركا في السكة لانهم اقرب للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا
فاهل السكة احق للشركة في الطريق فان سلموا فللجار الملاصق وهو
الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى ولو وضع
اي ولو كان الجار الملاصق واضع الجذع على حائطه اي حائط
المبيع او شريكا للبايع في خشبة عليه اي على الحائط فان الجار بهذا
المقدار لا يكون خليطا في حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا
كذا في الهداية والكافي وغيرها وهذه العبارة احسن من عبارة
الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما للجار على عدد الرؤس متعلق
بقوله وتثبت لا قدر الملك وعند الشافعي تثبت على قدر الملك وصورته
دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر سدسها وللثالث ثلثها
فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة قضي
بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي اثلاثا بقدر ملكهما فان باع
صاحب السدس قضي بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضي
بينهما ارباعا وعندنا يقضي بينهما نصفين في الكل وتستقر بالاشهاد

عطف على تثبت اي تثبت الشفعة

اذ

اذ لابد من طلب المواثبة لان حق الشفيع ضعيف يبطل بالاعراض
فاذا اشهد ابتدا على طلبها تيسر اخذ المقصود بحكم القاضي ولم يبق
حاجة الي البيع علي ما سياتي ويملكها اي العقار وما في حكمه بالقضا
او الاخذ بالرضا بين الشفيع والمشتري قال في الوقاية والكنز وتملك
بالاخذ بالتراضي او بقضا القاضي وصرح شارحاهما بان قوله او بقضا
القاضي عطف علي الاخذ لا علي التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك
للشفيع قبل اخذه ولما كانت عبارة الشيخين موهمة لعطف بقضا القاضي
علي التراضي بل ظاهرة فيه غير العبارة الي ما هي احسن منها ثم اذا ثبت
الملك للشفيع قبل اخذه بعد حكم القاضي كانت هذه العبارة احسن
من عبارة الهداية ايضا حيث قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري
او حكم بها حاكم لان قوله او حكم عطف علي سلم فيلزم ان يكون الاخذ
معتبرا في كل من تسليم المشتري وحكم القاضي وليس كذلك في الثاني
ويطلبها اي الشفيع الشفعة اعلم ان الطلب ههنا ثلاثة طلب المواثبة
وطلب الاشهاد والتقرير وطلب الاخذ والتملك ذكر الاول بقوله
ويطلبها الشفيع في مجلس علمه بالبيع بسماعه متعلق بعلمه من
رجلين او رجل وامراتين او واحد عدل وقالا يكفي واحد حرا كان او عبدا
صبيا او امراة اذا كان الخبر صدقا وان امتد اي المجلس لانه لما ثبت
له خيار التملك احتيج الي زمان التامل كما في المخيرة ولو قال بعد ما
بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او سبحان الله لا تبطل
شفعته لان الاول حمد علي الخلاص من جوار البايع مع الامن من ضرر
الدخيل بالشفعة والثاني تعجب منه بقصد اضراره والثالث لافتتاح

الكلام كما هو عرف بعض الناس فلا بد لشيء منه على الاعراض بلفظ متعلق
بطلبها يفهم منه طلبها كطلب الشفعة او انا طالبها ونحو ذلك فان العبرة
للمعنى وفي العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن امر ماض
او مستقبل حتى قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل اذا سمع ببيع ارض بجنب
ارضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا كذا في الكافي وقيل تبطل
بادنى سكوت حتى لو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرا الكتاب
الى اخره بطلت الشفعة قال في الايضاح الاول اصح ويسمى هذا الطلب
طلب المواثبة ليدل على غاية التعجيل كان الشفيع يثب ويطلب الشفعة
والاشهاد فيه ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة الجحود كذا في الكافي
والهداية وسياتي له زيادة تحقيق وذكر الثاني بقوله ثم يشهد عند
الدار لان الحق متعلق بها او على البايع ان كان الدار في يده ولم تسلم
الى المشتري فانها اذا سلمت اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه
عن ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك او المشتري وان لم يكن ذا يد لانه
مالك قايلا حال من ضمير يشهد اشترى فلان هذه الدار وانا شفيعها
وكنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا عليه ويسمى طلب
الاشهاد وهذا الطلب واجب حتى اذا تمكن من الاشهاد عند
الدار وعلى ذي اليد ولم يشهد بطلت شفعته فاذا كان في مكان
بعيد فسمع فطلب طلب مواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند
الدار او على ذي اليد يوكل وكيلا ان وجد والا يرسل رسولا او كتابا
فان لم يوجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت
كذا في الذخيرة واذا اشهد في الاول يعني طلب المواثبة عند احدها

اي

٢٤١

وقف لله تعالى

اي عند الدار او البايع او المشتري استغني عنه اي عن الاشهاد في
في الثاني لقيامه مقام الطلبين نقله في الكافي عن الفتاوي الظهيرية
وفي شرح الهداية عن مبسوط شيخ الاسلام وانما قال عند احدها لان
الاشهاد علي بحضرة طلب المواثبة بلا حضور واحد مما ذكر لا يقوم
مقام الطلبين بلا خفاء ثم يطلب عند قاض قايلا اشترى فلان دار كذا
وانا شفيعها بدار كذا فمره يسلم الي ويسمي طلب تملك وخصومة
وبتاخيره مطلقا لا تبطل اي الشفعة عند ابي حنيفة وقال محمد اذا تركها
شهرا بلا عذر بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رحمه الله لانها
لو لم تسقط به تضرر المشتري اذ لا يمكنه التصرف حذار نقضه من
جهة الشفيع فقدر بشهر لانه يمكنه التصرف اجل وما دونه عاجل كما
مر في الايمان قال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على هذا لتغير احوال
الناس وقصد الاضرار بالغير واختاره في الوقاية وجه قول ابي
حنيفة وهو ظاهر المذهب ان حقه قد تقرر شرعا فلا يبطل بتاخيره
كساير الحقوق الا ان يسقطها بلسانه وما ذكر من الضرر يمكنه
ان يدفع بان يرفع الامر الي القاضي حتي يامر الشفيع بالاخذ او الترك
فمتى لم يفعل فهو المضر بنفسه وبه يفتي كذا في الهداية والكافي ولو علم
انه ليس في البلدة قاض لا تبطل شفعته اتفاقا بالتاخير اذ لا
يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا واذا طلب اي
الشفيع الشفعة عند القاضي سال القاضي الخصم عن مالكية الشفيع
بما يشفع به فان اقر بها او نكل عن الحلف علي العلم بان يحلف بالله
ما يعلم انه مالك الدار التي يشفع بها او برهن الشفيع بكونه مالكا

شهرا كان او اكثر

لما يشفع به سأله اي يسئل القاضي المدعي عليه عن الشرا فان اقر به او
نكل عن اليمين عن الشرا فان اقر به او نكل على الحاصل او السبب فان
ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما يستحق
هذا الشفيع الشفعة علي وان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف
على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل
بمذهب الشافعي او برهن الشفيع قضي له اي للشفيع بها اي بالشفعة
وان وصلية لم يحضر اي الشفيع الثمن وقت الدعوي وبعد القضا
لزمه اي الشفيع احضار الثمن وللمشتري حبس الدار لقبضه اي الثمن
وبتاخير ادايه الثمن لا تبطل اي الشفعة يعني اذا قيل للشفيع اد الثمن
فاخر لا تبطل الشفعة والخصم للشفيع البايع قبل التسليم اي تسليم
المبيع الي المشتري لانه ذو اليد ولكن لا تسمع البينة اي بينة
الشفيع عليه اي البايع بغيبة المشتري وتفسخ اي البيع بحضوره اي
اي المشتري لانه المالك وتقضي بالشفعة والعهدة على البايع حتي
يجب تسليم المبيع الدار عليه وعند الاستحقاق تكون عهدة الثمن عليه
فتطلب منه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع من يده حيث لا يعتبر
حضوره ولا تكون عهدة الثمن عليه لانه صار اجنبيا الوكيل بالشرا
خصم للشفيع لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد
ما لم يسلم الي الموكل فاذا سلم اليه لم يكن هو الخصم اذ لم يبق له يد
او ملك فيكون الخصم هو الموكل للشفيع خيار الروية والعيب وان
شرط المشتري البراة منه اي العيب لان الاخذ بالشفعة شرا
من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشرا من البايع

لتحول

لحقول الصفقة اليه فيثبت له الخيار كما اذا اشتراه منهما ولا يسقط
خيار رؤية المشتري ولا بشرط البراة منه لان المشتري ليس
بنايب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه لختلفا اي
الشفيع والمشتري في الثمن قال المشتري الف وخمسمايه وقال الشفيع
الف فالقول للمشتري مع يمينه لان الشفيع يدعي استحقاق الدار
عند نقد الاقل والمشتري ينكره ولو برهنا فالشفيع اولي لان بينته
اكثر اثباتا معني وان كانت بينة المشتري اكثر اثباتا صورة لان البينا ت
للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشتري فان بينة الشفيع
اذا قبلت وجب علي المشتري تسليم الدار اليه بالف شا او ابي وهما لا الي
واذا قبلت بينة المشتري لا يجب علي الشفيع شي بل يتخير بين الاخذ
والترك ادعي المشتري ثمنا وبايعه اقل منه بلا قبضه فالقول له اي
للبايع وبه اي بالقبض للمشتري يعني اذا ادعي المشتري ثمنا وادعي
بايعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع لان الامر لا
ان كان كما قاله البايع فالشفيع ياخذ به وان كان كما قاله المشتري يكون
حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع
كما مر وسياتي فياخذه به وان كان البايع قبض الثمن اخذها باستيفاء
الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب فبقي الاختلاف بين الشفيع
والمشتري وقد ثبت ان القول فيه للمشتري حط البعض يظهر
في حق الشفيع حيث ياخذ المبيع بالاقل لانه يلتحق باصل العقد
فكان الثمن ما بقي لا حط الكل لان العقد حينيذ يكون بيعا باطلا
او هبة وعلي التقديرين لا تصح الشفعة ولا الزيادة علي الثمن الاول

الشفيع بما قال المشتري اذا اثبت ذلك بالبينة او بيمينه لان البايع

المراد بالبطلان هنا الفاسد لا حقيقة البطلان

لان استحقاق الاخذ بما دونها وفي اشرا مثلي باخذ الشفيع بمثله
وفي قيمي باخذه بالقيمة ففي بيع العقار بعقار باخذ كلا بقيمة الاخر
يعني اذا بيع عقار بعقار باخذ شفيع كل من العقارين كلا منهما
بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم وبحق اي في البيع بثمن
موجل باخذ بحال او بطلب الان وباخذ بعد الاجل لان الاجل
يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد واشتراطه في حق المشتري
لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراة من العيوب
ورضا البايع في حق المشتري لا يدل على رضاه في حق الشفيع
لتفاوت احوال الناس ولو لم يطلب الشفيع الان وسكت عن
طلبها وصبر ليطلبها عند الاجل بطلت شفعته لان حق الشفيع
قد ثبت ولهذا كان له ان ياخذه الان بثمن حال والسكوت عن
الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة وفي شرا ذمي خمرا او خنزيرا
باخذ الشفيع بمثل الخمر وقيمة الخنزير لو كان الشفيع ذميا وبقيمتهما
لو كان الشفيع مسلما وفي بنا المشتري في الدار او الارض وغرسه بالثمن
وقيمتها حال كونها مستحق القلع او كلف المشتري قلعها يعني
اذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع فهو بالخيار ان شا
اخذها بالثمن وبقيمة البنا والمغرس مستحق القلع وان شا كلف
المشتري قلعها كما في الغصب وان قلعها اي البنا والغرس
الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط ولا يرجع بقيمة البنا والغرس
على من اخذه منه بايعا كان او مشتريا بخلاف المشتري فانه
يرجع بقيمتها على البايع لانه مسلط من قبله بخلاف الشفيع لانه

اخذ

بما انتقص بالتصحيح

٤٥

اخذ جبرا وان خربت الدار او احترق بناوها او جف شجر البستان بلا فعل احد فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بتمام الثمن لان البنا والغرس تابع حتي دخلا في البيع بلا ذكر فلا يقابلهما شي من الثمن الا ان يكون مقصودا بالاتلاف كما مر او ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار عاله وبحصته العرصة عطف علي بتمام الثمن ان نقض المشتري البنا يعني ان نقض المشتري البنا قيل للشفيع ان شيت تاخذ العرصة بحصتها وان شيت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شي من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بافة سماوية والنقض له اي للمشتري لا للشفيع لانه صار منفصلا فلم يبق تبعا حتي يكون للشفيع وفي شرا ارض بنخل عليها ثمر يعني اذا اشتري ارضا بنخل عليها ثمر وذكر ثمر النخل اذ لا يدخل بدون الذكر او اشتراها ولم يكن علي النخل ثمر واثمر عنده اي عند المشتري باخذهما الشفيع الارض والثمر بكل الثمن فيهما اي في الفصلين اما في الاول فلانه باعتبار الاتصال كان تبعا للعقار كالبنا في الدار واما في الثاني فلانه مبيع تبعا لان البيع سري اليه كما اذا اشترى حاملا فولدت عنده كان ملكه تبعا واذا اخذه المشتري ثم جا الشفيع لا ياخذ الثمن فيهما لانعدام تبعيته للعقار وقت الاخذ بالانفصال لكن في الاول وهو ما اذا اشتري ارضا بنخل عليها ثم يسقط حصته من الثمن لانه دخل في البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيفوت فقط بفواته لا الثاني لانه لا يقابله شي من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له شبهة بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شي من الثمن والله تعالى اعلم

لغة النقض

باب ما تكون هي اي الشفعة فيه اولا تكون
وما يبطلها لا يثبت قصدا الا في عقار انما قال قصدا الا انها قد
تثبت في غير العقار بتبعية العقار كالشجر والثمر وما في حكمه كالعلو
وقد مر بيانه ملك بمال صفة عقار اي بعوض مالي حتي اذا لم يكن
بعوض كالهبة لا تثبت فيه الشفعة وكذا اذا كان فيه عوض غير مالي
حتي لو خولع علي دار لم يثبت وان لم يقسم اي العقار وما في حكم ذكره
لان الشفعة لا تثبت فيه عند الشافعي لانها عنده لدفع ضرر القسمة
وعندنا لدفع ضرر الجوار كحمام ورحي وبئر وبيت صغير بحيث
لا ينتفع به اذا قسم ونهر وطريق مملوكين لا بناء ونخل فانهما ليسا
بعقار ولا في حكمه بيعا قصدا وقد عرفت انهما اذا بيعا تبعا للعقار
تثبت فيهما الشفعة وعرض وفلك خلافا لمالك وارث اي موروث
فان الدار اذا ملكت بالارث لا تثبت فيها الشفعة وصدقة وهبة
الا بشرط عوض بلا شيوع فيهما اي الموهوب وعوضه فانها
فانها تثبت بمعاوضة مال بمال فصارت كالارث الا ان تكون
بعوض مشروط لانها بيع انتهاء ولكن بشرط التقابض وعدم الشيوع
في الموهوب وعوضه لانها هبة ابتداء وان لم يكن العوض مشروطا
فلا شفعة فيها ولا في دار قسمت بين الشركاء لان القسمة فيها
معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة
المطلقة او جعلت اجرة او بدل خلع او بدل عتق او بدل صلح عن دم
عمد او مهرا او ان قوبل بعضها بمال بان تزوج امراة علي دار علي
علي ان ترد هي علي الزوج الف درهم فلا شفعة في شي منها لانها

عندنا

٢٤٧

عندنا تختص بمعاوضة مال بمال مطلق لانها تثبت بخلاف القياس
بالاثار في معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها او بيعت عطف
على جعلت اي لا شفعة في دار بيعت بخيار للبائع ولم يسقطخيار رح
لانه يمنع زوال الملك لكن يشترط الطلب عند سقوط الخيار في
الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك او بيعت بيعا
فاسدا يعني اذا اشترى دارا فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض
فلبقاء ملك البائع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان كل واحد من
المتبايعين بسبيل من فسخه ولم يسقط فسخه فانها اذا بيعت بيعا
فاسدا او سقط حق الفسخ بان بنى المشتري فيها تثبت الشفعة او رد
اي البيع بخيار رؤية او شرط او عيب بقضا متعلق برد بعد ما
سلمت يعني اذا بيع وسلمت الشفعة ثم رد البيع باحد ما ذكر بقضا
القاضي فلا شفعة لانه فسخ لا بيع بخلاف رد بلا قضا لان الرد
لما لم يجب فاخذه بالرضا صار كانه اشتراه او باقالة فانها بيع
في حق الثالث والشفيع ثالثهما وتثبت اي الشفعة للعبد المستغرق
بالدين بحيث يحيط برقبته وكسبه في مبيع سيده وله اي لسيده
في مبيعه اي العبد لان ما في يده حينئذ ليس ملك مولاه وتثبت
ايضا لمن شري سوا شرى اصالة او وكالة او اشتري له كمن وكل
له باشرا فاشتري لاجل الموكل وللموكل شفيع كان له شفعة صورته
دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيعت الدار واشتراها
احد الشركا تثبت الشفعة للمشتري سوا اشتري اصالة او وكالة
وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت ايضا للشريك

٢٤٨

الآخر وفايدته انها لا تثبت للجار لان الشريك مقدم عليه لا اي لا تثبت لمن باع وكيلا كان او اصيلا لان اخذه بالشفعة يكون سعيا في نقض ما تم من جهته وهو الملك واليد للمشتري وسعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود او بيع له وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لولا توكيله لما جاز بيعه او ضمن الدرك اي من ضمن الدرك عن البايع وهو شفيع لا تثبت الشفعة له لانه تقرير للبيع فكان كالبايع كذا اي كما لا تثبت له الشفعة فيما ذكر لا تثبت ايضا فيما بيع الا ذراع ما وقع في الوقاية من قوله الا ذراعا بالنصب كانه سهو من قلم الناسخ من طول حد الشفيع الا مقدار عرضه ذراع او شبر او اصبع وطوله تمام ما يلاصق دار الشفيع فان ما يلاصقها اذا لم يبع لا تثبت الشفعة لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط شفعة الجوار كذا اذا وهب للمشتري هذا المقدار وقبضه وله حيلة اخرى ذكرها بقوله او اشترى سهما بثمن ثم باقيها بثمن آخر فالجار شفيع في الاول لانه المبيع اولا لا في الثاني اذ هو فيه جار والمشتري شريك في الثاني والشريك مقدم على الجار وهذه حيلة لابطال حق الشفعة ابدا او هنا حيلة تفيد تقليل رغبة الشفيع في الشفعة وهي انه اذا اراد ان يشتري الدار بالف اشترى سهما واحدا من الف سهم منها بالف الا درهما ثم اشترى الباقي بدرهم فالشفيع لا ياخذ بالشفعة الا الاول بثمنه لا الباقي لان المشتري صار شريكا وهو احق من الجار وله حيلة اخرى ذكرها بقوله او اشتراها اي الدار بثمن غال كالف مثلا ودفع ثوبا دنيا قيمته عشرة به اي بمقابلة الثمن فالشفعة

بالثمن

٤٩

بالثمن لا الثوب لانه عقد له والثمن هو العوض عن الدار وهذه
حيلة تعم الشركة والجوار فيشتري المنزل الذي قيمته مائة بالف ويعطي
عن الالف ثوبا قيمته عشرة لكن المنزل اذا استحق يرجع المشتري علي
البايع بالف لبقا العقد الثاني فيتضرر البايع فالاولي ان يباع بالدنانير
الثمن دينار حتي اذا استحق المنزل يبطل الصرف فيجب رد الدينار فقط
اذا ظهر ان الالف لم تكن عليه فصار كمن اشتري من احد دينار بالعشرة
دين ثم تصادقا ان لا دين عليه فانه يرد الدينار وله حيلة اخري احسن
واسهل ذكرها بقوله او اشتري بدراهم معلومة اما بالوزن او الاشارة
بقبضة اي مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس
بعد القبض فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة ومع
وجهالة الثمن تمنع الشفعة كره الحيلة لاسقاط الشفعة الثابتة وفاقا
بان يقول المشتري للشفيع بعد اثباته انا ابيعها منك بما اخذت
فلا فايدة في الاخذ بها فيسلم الشفيع ولا ياخذها بعد الاثبات
فتسقط الشفعة لكن يكره واما الحيلة لعدم ثبوتها ابتداء فعند ابي
يوسف لا تكره لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه لان في تملك الدار
عليه بلا رضاه ضررا عليه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جايزة
وان تضرر الغير في ضمنه وعند محمد يكره لان الشفعة انما تثبت
لدفع الضرر وفي اباحة الحيلة ابقا الضرر وبالاول يفتي ههنا
وبالثاني في الزكاة وقال صدر الشريعة الشفعة انما شرعت لدفع
ضرر الجوار فالمشتري ان كان ممن يتضرر به الجيران لا تحل اسقاطها
وان كان رجلا صالحا ينتفع به الجار والشفيع متعنت لا يجب جواره

فحينئذ يحتال في اسقاطها يبطلها اي الشفعة ترك طلب المواثبة
او ترك الاشهاد عليه اي على طلب المواثبة حين علم بالبيع قادرا
عليهما اما الاول فبان يترك طلب المواثبة حين علم قادرا عليه بالبيع
بان لم ياخذ لحد فمه او لم يكن في الصلاة فان شفعته تبطل بالاعراض
وهو انما يثبت حالة الاختيار وهي بالاقتدار واما الثاني فبان يترك
الاشهاد على طلبها حين علم بالبيع قادرا عليه فان كان عنده رجلان
او رجل وامراتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه فانه ايضا دليل
الاعراض قال في الهداية اذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو
يقدر على ذلك بطلت شفعته وقد قال قبل هذا في باب طلب
الشفعة الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم واعترض عليه
بان بين كلاميه تناقضا ومنشاؤه الغفلة عن قوله وهو يقدر
على ذلك فان مراده ان الشفيع اذا سمع البيع في مكان خال عن
الشهود فسكت تبطل شفعته واذا قال طلبت الشفعة وان لم
يسمعه احد لا تبطل حتى اذا احضر عند القاضي وقال الشفيع طلبت
الشفعة ولم اتركها وحلف على ذلك كان بارا في يمينه ويثبت
طلب المواثبة وسياتي لهذا زيادة تحقيق عن قريب ويبطلها
ايضا صلحه اي الشفيع منها اي الشفعة بعوض لانه قبله فيرده
اي العوض لبطلان الصلح لانه مجرد حق التملك بلا ملك فلا يصح
الاعتياض عنه لانه رشوة فيرده ويبطلها ايضا موت الشفيع
بعد البيع قبل القضاء بها اي بالشفعة ولم يكن لورثته حق الاخذ
بالشفعة حتى اذا مات بعد القضاء بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه

لا

لا يبطل لتقرره بالقضا ووجه بطلانها انها مجرد حق التملك
وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث لا اي لا يبطلها
موت المشتري لان المستحق باق فبموت المستحق عليه لا يتغير سبب
الاستحقاق ويبطلها ايضا بيعه ما يشفع به قبل القضا بها يعني
اذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شرا المشتري وقبل ان يقضى
له بالشفعة وهو يعلم الشرا ولا يطلب شفعته بطلت شفعته لان
الاستحقاق بالجوار والشركة وقد زال قبل التملك ويبطلها ايضا
جعله اي جعل ما يشفع به مسجدا او مقبرة او وقفا مسجلا قال
قاضيخان شرط قيام ملك الشفيع فيما يستحق به الشفعة وقت
القضا فلو جعل داره التي يستحق بها الشفعة مسجدا او مقبرة
او وقفا مسجلا ثم قضي له بالشفعة لم يكن شفيعا للمبيعة فان
المسجد والمقبرة والوقف المسجل بمنزلة الزايل عن ملكه قال الشفيع
طلبت حين علمت فالقول له بيمينه قوله فالقول له يدل على ان الاصل
ان يقيم المشتري البينة اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون صورة
الاثبات او يقول ما طلبت لانه وان كان نفيا ظاهرا لكنه نفي محصور
فيكون في حكم الاثبات كما تقرر في الاصول وعلى التقديرين
ان اقام البينة تقبل والا يحلفه المشتري بانه لم يترك او طلب
وان لم يكن له بينة على تركه واقام الشفيع البينة على طلبه تقبل
وان كان لهما بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع متمسك بالظاهر
ولهذا كان القول له ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت
امس وطلبت كما سياتي ويدل على ذلك ما ذكر في بعض شروح تلخيص

نجب

الجامع ان الشفيع لو لم يكن بحضرته احد يسمع ينبغي ان يطلب لانه يصح
بلا اشهاد وانما الاشهاد دليلا لئلا ينكر فينبغي ان يطلب حتى اذا حلفه
المشتري يمكنه ان يحلف انه طلب كما سمع فظهر ان الحكم ههنا
ان المشتري ان اقام البينة حكم بها والا فان اقامها الشفيع حكم بها
وان لم يكن لواحد منهما بينة حلف الشفيع فحكم بالشفعة ولو قال علمت
امس وطلبت كلف اقامة البينة ولا يقبل قوله لانه اضاف الطلب
الى وقت ماض فقد حكى ما لا يملك استينافه للحال فلا يصدق فيما
حكى بلا بينة واذا لم يضف الطلب الى وقت ماض بل اطلق الكلام
اطلاقا فقد حكى ما يملك استينافه للحال لانا نجعله كانه علم بالشرا
الان وطلب الشفعة الان فلهذا جعل القول قوله كذا في العمادية
وغيرها سمع اي الشفيع شراكه فسلمها اي الشفعة فظهر شرا
غيره او سمع بيعه بالف فسلم وكان باقل او بكيلي او وزني او عددي
متقارب قيمته الف او اكثر فهي له اي الشفعة تكون للشفيع ولا يكون
تسليمه مانعا وبعرض كذلك اي اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف
او اكثر لا اي لا يكون له الشفعة والاصل فيه اي الغرض في الشفعة يختلف
باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا سلم على بعض الوجوه
ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه
الذي استحقه بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم
الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار
الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت
باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فهو على شفعته لان

تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه في
احد الجنسين لا يكون تسليما في الآخر فربما يسهل عليه ادا احدهما ويتعذر
الآخر وكذا الكل موزون او مكيل او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم
انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر فانه تسليم لانه انما ياخذه بقيمته
دراهم او دنانير ولو انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم
وكذا هذا وان كان اقل فهو على شفعته تشفع حصة احد المشتريين
لا حصة احد البايعين بل اخذ الكل او ترك يعني اشترى جماعة من واحد
فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان باع جماعة من واحد لا ياخذ
حصة احد البايعين لان في الاول دفع ضرر الجار لا الثاني وتشفع ايضا
نصفا مفرزا بيع مشاعا من دار فقسما يعني اشترى رجل نصف
دار فقاسم البايع فللشفيع ان ياخذ النصف الذي صار للمشتري
او يدع وليس له ان ينقض القسمة لانها من تتمة القبض لان القبض
للانتفاع ولا يتم الانتفاع في الشايع الا بالقسمة صح للاب والوصي
تسليمها اي الشفعة على الصغير لانه ترك للتجارة فصح ممن يملك التجارة
كذا اذا بلغهما شرا دار بجوار الصبي فسكتا فان السكوت عن الطلب
ممن يملك التسليم بمنزلة التسليم الوكيل بطلبها اذا سلم او اقر على الموكل
بتسليم الشفعة صح لو كان التسليم او الاقرار عند القاضي وان كان
في غيره لا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز
مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا

كتاب الهبة

لما فرغ من البيع الذي هو تمليك عين بعوض وما
يتبعه من الشفعة شرع في الهبة التي هي تمليك عين بلا عوض فقال

هي لغة تبرع وتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال تعالى فهب
لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء
الذكور وشرعا تمليك عين بلا عوض اي بلا شرط عوض لان
عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر
وتصح بايجاب كوهبت فانه صريح فيها ونحلت ايضا كذلك يقال
نحله كذا اي اعطاه اياه بطيب نفس بلا عوض واعطيت واطعمتك
هذا الطعام فاقبضه قال صاحب الهداية الاطعام اذا اضيف
الى ما تطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم وقال صاحب
المحيط اضافة الاطعام الى ما تطعم عينه تحتمل التمليك والاباحة
فاذا احتمل الامرين فاذا قال اقبضه دل ذلك على ان المراد
التمليك ولهذا زيد ههنا قوله فاقبضه وجعلت هذا لك فان
اللام للتمليك واعمرتك لقوله عليه السلام من اعمر عمري فهو للمعمر له — خ واعمرتك
ولورثته من بعده وسيأتي تمام بيانه وجعلته لك عمري وحملتك على
هذه الدابة لو نوى اي لو نوى بالحمل الهبة لانه ليس بصريح فيها
فيحتاج الى النية لانه قد يراد بها الهبة يقال حمل الامير فلانا
على الفرس يراد به التمليك وكسوتك يعني هذا الثوب فان الكسوة
يراد بها التمليك قال تعالى او كسوتهم وداري لك مبتدا وخبر
هبة نصب على الحال من ضمير الظرف واللام في لك للتمليك تسكنها
هذا لا ينافي الهبة بل تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام
لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه لا في داري لك هبة سكنى فان قوله

سكنى

سكنى تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فيكون عارية لا هبة او عكسه
وهو داري لك سكنى هبة فان معناه داري لك بطريق السكنى حال كونه
السكنى هبة فتكون عارية لا هبة او داري لك نحلى سكنى فان تقديره
نحلها نحلة وقوله سكنى تمييز او داري لك سكنى صدقة اي بطريق
السكنى حال كونها صدقة او داري لك صدقة عارية اي حال كونها
بطريق العارية فعارية تمييز يفهم منه المنفعة او داري لك
عارية هبة اي بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك
فان هذه العبارات يدل على العارية لا الهبة وقبول عطف
على ايجاب فانها كالبيع لا تصح الا بالايجاب والقبول وتتم عطف
على تصح بالقبض قال الامام حميد الدين ركن الهبة الايجاب
في حق الواهب لانها تبرع فتتم من جهة المتبرع اما في حق
الموهوب له فلا تتم الا بالقبول ثم لا ينعقد ملكه الا بالقبض
الكامل المتمكن في الموهوب فالقبض الكامل في المنقول
ما يناسبه فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل
فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة
من غير ان يكون بتبعية قبض الكل وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية
الكل ولو وصلية شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به فتتم
تفريع على قوله وتتم بالقبض الكامل بالقبض في مجلسها اي في
مجلس الهبة بلا اذنه اي الواهب وبعده اي بعد المجلس به
اي باذنه ولو نهاه اي نهى الواهب الموهوب له عن القبض
لم يصح القبض مطلقا اي في المجلس وبعده اذ لا عبرة للدلالة

بمقابلة التصريح في محوز متعلق بقوله تتم بالقبض والمراد
به ان يكون مفرغا عن ملك الواهب وحقه واحترازا عن
عن هبة الثمر على النخل كما سيأتي مقسوم اي تعلق به القسمة
ولم يبق شايعا ومشاع لا يقسم اي ليس من شانه ان يقسم بمعنى
انه لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد ودابة
واحدة او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع
الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير
والثوب الصغير لا اي لا تتم بالقبض فيما اي مشاع يقسم
اي من شانه ان يقسم كالارض والثوب المذروع ونحو ذلك
ولو وهبه اي ولو كانت الهبة لشريكه اي شريك الواهب
لان القبض الكامل لا يتصور فيه فان قسمه اي افرز الجزء
الموهوب المشاع وسلمه الى الموهوب له تمت الهبة لان
تمامها بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شايعا
لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه ويكون مضمونا عليه وينفذ
فيه تصرف الواهب ذكره قاضيخان كلبن في ضرع وصوف
على غنم وزرع في ارض وثمر في نخل هذه نظاير المشاع لا
امثلتها اذ لا شيوع في شي منها لكنها في حكم المشاع حتى
اذا فصلت هذه الاشيا عن ملك الواهب وسلمت صح هبتها
كما في المشاع بخلاف دقيق في بر ودهن في سمسم وسمن في
لبن حيث لا يصح اصلا اي سوا افرزها وسلمها او لا لان الموهوب
في حكم المعدوم وكره ان الحنطة استحالت وصارت دقيقا

وكذا

٢٥٧

وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين اخرى على ما عرف في الغصب بخلاف
المشاع فانه محل للملك حتى يجوز بيعه لكن لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع
جاز وثم عطف على قوله فتتم بالقبض وتفريع على قوله ولو شاغلا له
لملك الواهب لا مشغولا به في متاع في داره وطعام في جرابه اذا سلمها
بما فيها بخلاف العكس يعني لو وهب متاع في داره او طعاما في جرابه
وسلمها اي الدار والجراب بما فيها صحت الهبة في المتاع والطعام
ولو وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الكل الى الموهوب له او
وهب جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا تصح الهبة والاصل
ان الموهوب متى كان مشغولا بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة
الهبة ومتى كان شاغلا لا يمنع التسليم فتصح الهبة ففي الفصل الاول
الموهوب شاغل لا مشغول وفي الثاني الموهوب مشغول بملك
الواهب وهذا لان المظروف يشغل الظرف واما الظرف فلا
يشغل المظروف الا اذا وهب المتاع والطعام ايضا فقبض الكل باذنه
يصح في الكل يعني لو وهب الدار ولم يسلمه حتى وهب المتاع او وهب
الجراب ولم يسلم حتى وهب الطعام وسلم الكل صحت الهبة في الكل
لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا تفرق
التسليم وانما قال باذنه لانه ان لم ياذن له بالقبض فقبض ضمن لانه
افسد ملك غيره كذا في الكافي وينوب القبض في المجلس مناب القبول
يعني اذا صدر الايجاب من الواهب فقبل قبول الموهوب له العقد
اذا قبض الموهوب باذنه صح الهبة لان القبض في المجلس دليل القبول
ثم ان القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية بين الموهوب له والموهوب

اختلف فيه المشايخ حتى قال الامام ابو الليث هي قبض عند محمد لا عند
ابي يوسف والمختار انه تصح في صحيحها اي الهبة بالتخلية لا فاسدها
كذا في الفتاوى الظهيرية وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق
المتاع صحت في الدار اذ بالاستحقاق ظهر ان يده في المتاع كان يد
غصب فصار كما لو غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار او اودعه
الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح ولو وهب ارضا وزرعها
وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الارض لان الزرع مع
الارض بحكم الاتصال كشيء واحد فاذا استحق احدهما صار كانه
استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي
كذا في الكافي قال صدر الشريعة المفسد هو الشيوع المقارن
لا الشيوع الطاري كما اذا وهب ثم رجع في البعض الشائع او
استحق البعض الشائع بخلاف الرهن فان الشيوع الطاري لا يفسد
الهبة بالاتفاق وهو ان يرجع في بعض الهبة شائعا اما
الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لطار كذا ذكره شيخ الاسلام
ابو بكر في هبة المحيط اقول عده صورة الاستحقاق من
امثلة الشيوع الطاري غير صحيح والصحيح ما في الكافي والفصولين
لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة
فيكون مقارنا لها لا طارئا عليها الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض
وبه يفتى كذا في الفصولين ويلي التقريب الرجوع فيها اي في
الهبة الفاسدة يعني اذا ثبت الملك فيها هل تثبت ولاية الرجوع
للواهب فيما وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه قال بعض

المشايخ

المشايخ كانت المسئلة واقعة الفتوي وفرقت الهبة الصحيحة والفاسدة
وافتيت بالرجوع وقال الامام الاستروشني والامام عماد الدين هذا
الجواب مستقيم اما علي قول من لا يري الملك بالقبض في الهبة الفاسدة
فظاهر واما علي قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة
مضمون علي ما تقرر فاما اذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان
مستحق الرد قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد قال وهبت لك
هذه الغرارة الحنطة او الزق السمن صحت الهبة في الحنطة والسمن
فقط لما عرفت ان كلا منها شاغل الملك الواهب لا مشغول به وهبت
دارها لزوجها وهما بمتاعها ساكنان فيها جازت الهبة ويصير
الزوج قابضا للدار لان المراة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم
ذكره قاضيخان وهب شيا في صندوق مقفل ودفعه اي الصندوق
لا يكون قبضا فلا تتم الهبة لان القبض انما يحصل اذا صح الانتفاع
به ولا انتفاع مع القفل وتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد
يعني اذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة او عارية
او امانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض في باب
الهبة غير مضمون فيعتبر فيه اصل القبض وهو موجود ههنا
فناب عن قبض الهبة بخلاف البيع يعني اذا باع الوديعة او نحوها ممن
في يده يحتاج الي قبض جديد لان البيع يقتضي قبضا مضمونا
وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج
الي قبض جديد والاصل فيه ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما
مناب الاخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوي عن الاضعف

بلا عكس لان في الاقوي مثل الادني وزياده وليس في الادني ما في
الاقوي وتم ايضا ما وهب اي الاب لطفله بالعقد لانه في قبض الاب
فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه سواكان في يده
حقيقة او يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان
الغاصب او المستاجر او المرتهن حيث لا تجوز الهبة لعدم
قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه اذا كان اي الموهوب
معلوما قال في النهاية لفظ المبسوط وكل شي وهبه لابنه
الصغير واشهد عليه وذلك الشي معلوم فهو جايز والقبض
فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه ع قال والاشهاد
ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشها احتياطا
للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك
الولد وتم ايضا ما وهب اجنبي له اي للطفل بقبضه اي الطفل عاقلا
لانه في النافع المحض ملحق بالبالغ او قبض ابيه او جده او وصي
احدهما لانه قايم مقامهما او قبض ام هو اي الطفل معها او قبض
اجنبي يربيه وهو اي الطفل معه او قبض زوجها لها اي الصغيرة
لكن بعد الزفاف لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض
الهبة لها ولو قبض الاب ايضا صح لان اصل الولاية له وولاية
الزوج منه ولم تجز هبة الحمل لكونه وصفا للامة لاتصاله بها
بمنزلة اطرافها ولا له اي لم تجز الهبة للحمل وان جاز الاقرار له
ان بين سببا صالحا وسياتي بيانه في الاقرار ان شا الله تعالى صح
هبة اثنين دارا لواحد لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها

٢٦١

وقع الله تعالى

فلا شيوع وعكسه وهو هبة واحد لاثنين لا اي لا تصح لانها هبة النصف من كل واحد فيلزم الشيوع كتصدق عشرة على غنيين فانه لا يجوز لان التصدق على الغني هبة فلا يجوز للشيوع وصح هو اي تصدق العشرة وهبتها على فقيرين لان الهبة للفقير صدقة والصدقة يبتغي بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نايب عنه بخلاف الهبة وهب نصف الدار وسلم ثم الباقي لم يجز ولو وهبه اي الباقي قبل التسليم وسلم الكل جملة صحت في الكل لانه اذا اسلم الكل جملة صار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما اذا التسليم هبة دار مشتراة قبل القبض متعلق بالهبة يجوز يعني اذا اشترى دارا فقبل ان يقبضها وهبها الاخر جازت الهبة لما عرفت ان التصرف في العقار قبل القبض يجوز كذا يجوز هبة درهم صحيح لرجلين لانه هبة مشاع لا يقسم وانما قال صحيح لان المغشوش في حكم العروض كما عرفت فيكون مما يقسم فلا تصح هبته لرجلين للشيوع معه درهمان قال لرجل وهبت لك درهما منهما ان استويا اي قدرا لم تجز والا جازت والفرق ان الهبة في الوجه الاول تتناول احدهما وهو مجهول فلا تجوز وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة فتجوز ويجوز ايضا هبة ابق متردد في دار الاسلام لطفله لان يد المولى باقية عليه حكما القيام يد اهل الدار عليه فمنع ظهور يده تملكهم ان دخل فيها وهبه بعد دخوله فيها لم يجز وقد مر في باب استيلاء الكفار وكذا يجوز هبة البناء دون

تفرق التسليم

العوضة اذا اذن له اي الموهوب له الواهب في نقضه وهبة ا
فيها زرع دونه اي دون الزرع او نخل فيها ثمر دونه اي دون
الثمر اذا امره اي الواهب الموهوب له بالحصاد في الزرع والجذاذ
في الثمر لان المانع للجواز الاشتغال بملك المولي فاذا اذن المولي في
النقض والحصاد والجذاذ وفعل الموهوب له زال المانع فجازت
فجازت الهبة والله اعلم

باب الرجوع فيها

صح اي الرجوع في اجنبي اراد به من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج
به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذي رحم
وكذا قال ومنعه المحرمية بالقرابة واحترز من المحرمية بالسبب
لا السبب كالاباء والامهات والاخوة والاخوات من الرضاع ومن
المحرمية بالمصاهرة كامهات النسا والربايب وازواج البنين
والبنات وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولنا ما روي
من قوله صلي الله عليه وسلم الواهب احق بهبته مالم يثب منها
اي مالم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة
حقيقة قبل التسليم والمراد بما روي ان لا ينفرد بالرجوع بلا
قضا ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الي ذلك فانه ينفرد بالاخذ
لحاجته الي الانفاق ويسمي ذلك رجوعا نظرا الي الظاهر وان لم
يكن رجوعا حقيقة علي ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب
اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غايبا كما ذكر في باب
النفقات قال صدر الشريعة ونحن نقول به اي لا ينبغي ان يرجع

الا

الا الوالد فانه يملك للحاجة فتوهم بعض الناس من قوله ونحن نقول
يحل للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا ايضا مطلقا وهو وهم
باطل منشاؤه الغفلة عن قوله فانه يتملك للحاجة فان مراده ما ذكرنا
حتى لو لم يحتج لم يحل له الاخذ من مال ابنه فان ما توهموه مخالف
لتصريح علمائنا كقاضي خان وغيره ان قرابة الولاد من جملة الموانع
كما في الاباء والامهات وان علوا والاولاد وان سفلوا والاخوة
والاخوات واولادهما وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال
والخالات فقط فان اولادهم ليسوا بمحارم كما مر في كتاب النكاح ثم
ان موانع الرجوع في الهبة سبعة ذكر الاول بقوله ومنعه
المحرمية بالقرابة ووجه كونها مانعة ان المقصود وهو صلة
الرحم يحصل بها فانها واجبة في المحارم وكل عقد افاد مقصوده
يلزم وذكر الثاني بقوله وزيادة متصلة عطف على قوله المحرمية
بالقرابة كبناء وغرس وسمن ووجه كونها مانعة ان الرجوع انما
يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها
والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل لا الزيادة فامتنع الرجوع
اصلا وذكر الثالث بقوله وموت احدهما اما اذا مات الموهوب
له فلان الملك قد انتقل الى الورثة واما اذا مات الواهب
فلان النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث
ليس بواهب وذكر الرابع بقوله وعوض فان حق الرجوع
في الهبة كان للخلل في مقصوده وقد علم ذلك بوصول
العوض اليه اضيف اليها اي الى الهبة بان قال خذه عوض

قيد بمتصلة احترازا عن المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل

هبتك او بدلا عنها او بمقابلتها او مكانها فقبض لم يرجع فلو
وهب وعوض ولم يضف رجع كل بهبته مطلقا اي سواكان
العوض من الموهوب له او الاجنبي بامر الموهوب له اولا لان
العوض سلم له فلم يبق حق الرجوع وكذا ليس للاجنبي العوض
على الموهوب له اذا كان بغير امره لانه متبرع وكذا اذا امره
الا اذا قال عوض عني على اني ضامن كذا في الايضاح وذكر الخامس
بقوله وخروجها عن ملكه فان تبدل الملك كتبدل العين
وقد تبدل الملك بتبدل السبب وذكر السادس بقوله
والزوجية فانها نظير القرابة المحرمية في التواصل بدليل
جريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان فكان المقصود
الصلة وقد حصل وقت الهبة حتى لو وهب لامراة ثم نكحها
له ان يرجع فيها ولو وهب لامراته ثم ابانها فليس له ان يرجع
لعدم العلاقة بينهما في الاول وقت الهبة ووجودها في الثاني
وقتها وذكر السابع بقوله وهلاك الموهوب فانه اذا هلك
تعذر الرجوع فلو ادعى الموهوب له ان الهلاك صدق بلا حلف
كذا في الكافي وضابطها اي ضابط الموانع حروف دمع خزقه
ماخوذ مما قيل ومانع عن الرجوع في الهبة في الهبة ياصاحبي
حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين
العوض والخا الخروج عن الملك والزاي الزوجية والقاف القرابة
والها الهلاك الخزق الطعن والخازق السنان فكانه شبه الدمع
بالسنان وهب لاخيه واجنبي عبدا فقبضاه اي الاخ والاجنبي

العبد

العبد له اي للواهب الرجوع في نصيب الاجنبي لان الهبة
صحيحة في حقه لكون العبد مما لا ينقسم ولا مانع من الرجوع
بخلاف الاخ فان القرابة فيه مانعة عنه وهب لرجل شيئا وقبضه
الرجل فوهبه اي الرجل الثاني لاخر ثم رجع الثاني او رد عليه
فللاول الرجوع فيه لان الموهوب لما عاد الى الثاني بالرجوع
لا بسبب جديد كان للاول الرجوع فيه ولو تصدق الثالث
على الثاني ان كان فقيرا او باعه منه ان كان غنيا لم يرجع الاول
لان هذا ملك جديد لعوده اليه بسبب جديد وحق الرجوع
لم يكن ثابتا في هذا الملك فلا يرجع كذا في المحيط يرجع في
استحقاق نصفها اي نصف الهبة والمراد الموهوب بنصف
عوضها لانه لم يدفعه اليه الا ليسلم له الموهوب كله لانه فاذا
فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات لا في
استحقاق نصفه يعني اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشي
حتى يرد ما بقي من العوض لانه يصلح عوضا عن الكل ابتدا
وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فيكون مخيرا ان رجعه
في الرجوع لم يسقط الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فان شا رد
ما بقي ورجع في الكل وان شا امسك ما بقي ولم يرجع بخلاف
ما اذا كان العوض مشروطا لانها تم بيعا فيوزع البدل
على المبدل فاذا استحق بعضه يرجع بما يقابله من العوض كذا
في الاسرار ولو عوض نصفها رجع بما لم يعوض لان التعويض
مانع فاذا وجد في النصف يمنع بقدره لو باع نصفها

اولم يبع رجع في النصف لان له الرجوع في الكل ففي البعض اولى ولا يمنعه بيع النصف وذا اي الرجوع انما يصح بحيث يوخذ الموهوب من يد الموهوب له بتراض من الطرفين اوحكم قاض لان الرجوع في الهبة مختلفة فيه فمنهم من راى ومنهم من ابى وفي اصله وها لان الواهب ان طالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه وفي حصول المقصود وعدمه خفا اذ الجائز ان يكون مراده العوض فعلى هذا يرجع فلابد من الفصل بالرضا او القضا فصح اعتاق الموهوب اي اعتاق الموهوب له العبد الموهوب بعد الرجوع متعلق بالاعتاق قبل القضا لانه لا يخرج عن ملك الموهوب له الا بالقضا فصح اعتاقه قبله ولم يضمن اي الموهوب له بهلاكه اي الموهوب بعد الرجوع وقبل القضا بعد المنع عن الواهب لقيام ملكه فيه ولذا اذا هلك في يده بعد القضا لم تضمن لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام عليه واستدامة الشي معتبرة باصله ولكن ضمن به اي بهلاكه بعد القضاء والمنع اي منعه بعد القضا وطلب الواهب فان الموهوب حينئذ يكون امانة عند الموهوب له والمنع بعد الطلب يوجب الضمان في الامانة ومع احدها عطف على قوله بتراض اوحكم قاض فسخ لعقد الهبة من الاصل واعادة الملك القديم لا هبة للواهب فلم يشترط قبضه اي قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في ابتدا الملك لا في عود الملك القديم وصح

اي

الا برجوع لحصول المقصود ... اذا فصل الهبة ... مع ... من ... الطرفين

اي الرجوع في المشاع القابل للقسمة كنصف دار وهبت ولو كان
هبة لما صح فيه تلف الموهوب في يد الموهوب له فاستحق فضمن
لم يرجع على واهبه لانها عقد تبرع فلا يستحق السلامة فقضي
ببطلان الرجوع لمانع ثم زال اي المانع عاد الرجوع بيانه اذا بنى
في الدار الموهوبة وابطل القاضي رجوع الواهب بسبب البناء
فهدم الموهوب له البناء وعادت الدار كما كانت فله ان يرجع
فيها بخلاف ما لو اشترى عبدا بالخيار ثلاثة ايام فحم العبد في
مدة الخيار وخاصم المشتري البائع في الرد وابطل القاضي حقه
في الرد بسبب الحمى في مدة الخيار ليس له ان يرد كذا في المحيط وهي
بشرط العوض هبة ابتداء هذا اذا كان ذكره بكلمة على بان
تقول وهبت هذا العبد لك على ان تقرضني هذا الثوب
واما اذا ذكره بحرف الباء بان يقول وهبت لك هذا الثوب
بعبدك هذا او بالف درهم وقبله الاخر يكون بيعا ابتداء
وانتهاء بالاجماع كذا في شرح الهداية وغيرها فشرط قبضهما
اي العاقدين للعوضين لكون كل منهما هبة وبطلت
بالشيوع كما هو حكم الهبة ولم تجز هبة الاب مال طفله
بشرطه كما لم تجز هبته به وبيع انتهاء فترد بالعيب وخيار
الرؤية وتستحق الشفعة كما هو حكم البيع هذا عندنا
وعند زفر والشافعي بيع ابتداء وانتهاء لان العبرة للمعاني
ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين
فان قلت الهبة تمليك عين بلا عوض والبيع تمليك عين

بين قدت لانهما كالبالا

بعوض فكيف يجمع بينهما وايضا التمليك لايجري فيه الشرط ؛
وكلمة علي تفيد الشرطية قلت قد عرفت ان معني كونها تمليكا
بلا عوض كونها تمليكا بلا شرط عوض لا بشرط عدم العوض
فلا ينافي كونه بيعا وقد عرفت ايضا ان الشرط المنافي للتمليك
شرط فيه معني الربا او القمار لا مطلق الشرط حتي لو قال
بعت هذا منك علي ان يكون ملكا لك صح البيع فيكون ما نحن
فيه شرطا ابتدا نظرا الي العبارة حتي لا يصير كالبيع لان ما قبل
القبض وشرطا بمعني العوض نظرا الي ما يؤل اليه حتي توفر
عليه احكام البيع حالة البقا وهب كرباسا فقصره الموهوب له
فرق بين هذا وبين الغسل بان في القصارة زيادة متصلة دون
الغسل كذا عبد كافر اسلم في يد الموهوب له وجارية علمها الموهوب له
القران او الكتابة او نحوها حيث لا يرجع الواهب في هذه الصور
لان بالاسلام وتعلم القران ونحوهما ازداد الموهوب فبطل الرجوع
وكذا لو وهب ببغداد فحمله الموهوب له الي بلخ حيث بطل الرجوع
لزيادة متصلة في قيمة الموهوب تصدق علي غني اي قال
لغني تصدقت عليك بهذه الدراهم او وهب لفقير اي قال
له وهبتك هذه الدراهم لا يرجع اعتبارا للفظ في المسئلة
الاولي وللمعني في الثانية كذا في الكافي **فصل** وهب امة
الا حملها او علي ان يردها عليه او يعتقها او يستولدها او وهب
دارا او تصدق بها علي ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه في
الهبة والصدقة شيئا منها صحت اي الهبة لانها لا تبطل بالشروط

الفاسدة كما مر والنبي صلي الله عليه وسلم اجاز العمري وابطل الشرط
كما سياتي وبطل الاستثنا اي استثنا الحمل لانه انما يعمل في المحل الذي
يعمل فيه العقد وقد عرفت ان هبة الحمل لا تجوز فلا تجوز استثناوه
ايضا وبطل الشرط لمخالفته مقتضي العقد وهو ثبوت الملك
مطلقا فاذا اعتبر الشروط المذكورة تقيدت بها وهو ينافي
الاطلاق واعترض الزيلعي علي قولهم او يعوضه شيا منها
بان المراد بها اما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جايزان فلا
يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيا من
العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله علي ان يرد
عليه شيا منها اقول نختار الشق الاول وقوله وهي والشرط جايزان
ممنوع وانما جاز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث
السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة
اعتق حملها ووهبها صحت الهبة في الام لان الجنين لم يبق علي ملكه
فلم يكن الموهوب مشغولا بملك الواهب بخلاف التدبير دبر حملها
ووهبها لم تصح الهبة لان الحمل بقي علي ملكه لا يجوز تعليق الابرا
عن الدين بشرط الا بكاين اي شرط كاين فلو قال المديونه اذا
جاء غد فانت بري منه اي من الدين بطل اي الابرا لانه تعليق بشرط
محض ولو قال لمديونه ان كان لي عليك دين ابراتك عنه وله عليه
دين صح الابرا لانه تعليق بشرط كاين فيكون تنجيزا جاز العمري
لا الرقبي العمري ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه
فيصح التمليك ويبطل الشرط والرقبي ان يقول ان مت قبلك

قوله اعتق اي حمل العتق فاذا لو ولد لله لا يكون ... يعني م

في ذلك فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار
كانه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال ابو يوسف تصح
الرقبى ايضا بناء على انها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته
عدة فيكون النزاع لفظيا

كتاب الاجارة

لما فرغ عن مباحث تمليك العين بلا عوض شرع في مباحث تمليك
المنفعة بعوض فقال هي لغة فعالة من اجر ياجر من باب طلب
وضرب اسم للاجرة وهي ما يعطى من كري الاجير وشرعا تمليك
نفع بعوض وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض
كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله
الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلي وان كان تعريفها للاعم
لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلوم صحيحا وانما اختار ههنا
تعريف الاعم كما ان تعريف البيع كان كذلك حيث يتناول البيع
الفاسد عين او دين او نفع الاولان ظاهران واما الثالث فياتي
توضيحه وتنعقد باعرتك هذه الدار شهرا بكذا او وهبتك منافعها
يعني ان الاجارة تنعقد بلفظ العارية حتى لو قال لغيره اعرتك
هذه الدار شهرا بكذا وقبل المخاطب كانت اجارة صحيحة اما
العارية فلا تنعقد بلفظ الاجارة حتى لو قال اجرتك هذه الدار
بلا عوض كانت اجارة فاسدة لا اعارة ولو قال له وهبتك منافع
هذه الدار بلا عوض كانت اجارة فاسدة لا اعارة ولو قال
وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز ويكون اجارة كذا
في الفتاوى الصغرى واختلف في انعقادها بلفظ البيع ذكر شيخ الاسلام

ان

ان فيه اختلاف المشايخ وقال واذا قال احد لغيره بعت نفسي منك
شهرا بكذا العمل كذا فهو اجارة وعن الكرخي ان الاجارة ان الاجارة
لا تنعقد بلفظ البيع ثم رجع وقال تنعقد كذا في الخلاصة ويعلم النفع
ببيان المدة طالت او قصرت كالسكنى والزراعة مدة كذا اى سكنى الدار
والارض او زراعة الارض مدة كذا او ببيان العمل كالصياغة والصبغ
والخياطة ونحوها او الاشارة عطف على بيان اي يعلم النفع ايضا بالاشارة
كنقل هذا الى ثمة فان النفع يشار اليه لكن يعلم من الاشارة انه النقل
المخصوص لا يلزم الاجر بالعقد اي لا يملك بنفس العقد ولا يجب تسليمه
به عينا كان او دينا لان العقد معاوضة واحد العوضين منفعة
تحدث شيئا فشيئا والاخر مال وتقتضي المعاوضة المساواة فمن ضرورة
التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل بل بتعجيله بان يعطيه
قبل حلول الاجل فانه يكون هو الواجب بالعقد حتى لا يكون له
حق الاسترداد او شرطه اي شرط تعجيله حال العقد فانه حينئذ
يجب او لاستيفاء المنفعة المعقود عليها فان الاجر حينئذ يجب ايضا
او تمكنه منه اي من الاستيفاء وفرع على هذا بقوله فيجب الاجر لدار
قبضت ولم تسكن لوجود التمكن من الاستيفاء وبقوله ويسقط اي
الاجر بالغصب اي اذا غصبها غاصب من يده يسقط الاجر وللموجر
طلب الاجر للدار والارض لكل يوم وللدابة لكل مرحلة والقياس ان
يطلب في ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة كما عرفت لكنه يفضي الى الحرج
اذ لا يعلم الا بمشقة فرجع الى ما ذكر والخياطة ونحوها يعني للموجر
طلب الاجرة في هذه الصنايع اذا فرغ من العمل لا لكل يوم فان عمل

[illegible]

وان عمل في بيت المستاجر حتى اذا عمل في بيت المستاجر ولم يفرغ
من العمل لا يستحق شيا من الاجر على ما في الهداية والتجريد وذكر في المبسوط
والفوائد الظهيرية والذخيرة وشروح الجامع الصغير انه اذا خاط
الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجر بحسابه والخبز فيه اي للخباز
طلب الاجر للخبز في بيت المستاجر بعد اخراجه من التنور فان احترق
بعده فله الاجر ولا غرم لما سياتي ان الاجر والضمان لا يجتمعان وقبله
لا اجر ويغرم قال في الوقاية فان احترق بعد ما اخرج فله الاجر
وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة اي في الاحتراق قبل الاخراج
اقول وفيه بحث اما اولا فلانه مخالف لما في شرح الهداية اذ فيما قبل
الاخراج غرم ما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة
الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه
الضمان في قول اصحابنا جميعا واما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة
الاتي ذكرها من ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله فان قيل وضع
المسئلة فيما اذا اختبزه في بيت المستاجر وذلك يمنع ان يخبز لغيره
فيكون اجيرا خاصا وسيجي ان ما تلف بعمله لا يضمن قلنا قد صرح الشراح
بانه اجير مشترك حيث قال والاجير الواحد من وقع العقد في حقه
على المدة بالتخصيص كما سياتي كمن استوجر شهرا للخدمة على
ان لا يخدم غيره وما نحن فيه مستاجر على عمل بلا بيان المدة ولا
مدخل للعمل في بيته فكان اجيرا مشتركا ولهذا غيرت العبارة الى
ما ترى ومنشا هذه الهفوة ان صاحب الهداية قال فلو احترق
او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه

ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان
عليه لانه لم يوجد منه الجناية فجعل صاحب الوقاية قوله لا ضمان عليه
متعلقا بما قبل الاخراج ايضا فلزم ما لزم الحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع
والمآب من لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار يقصر بالنشا ونحوه
قيد به ليكون لعمله اثر في العين واحترز به عن غسل الثوب كما سياتي يحبس
العين للاجر لان المعقود عليه وصف في المحل فكان حق الحبس لاستيفا
البدل كما في البيع فلا غرم ان ضاع العين بعده لانه امانة في يده ولا اجر لان
المعقود عليه هلك قبل القبض ومن لا اثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل
الثوب بغير ما ذكر لا يحبس له اي للاجر ذكر في الهداية ان القصار اذا لم يكن
لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض
كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاشتباه فصار كانه
احدثه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان بخلاف راد الابق
حيث يكون له حق حبسه وان لم يكن لعمله اثر في العين فانه كان على شرف
الهلاك فكانه احياه وباع منه بالجعل ان شرط عمله لا يستعمل غيره لان
المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه بخلاف ما اذا لم
فان المعقود عليه هناك العين لا العمل فجاز ان يبدل غيره والا اي وان لم
يشترط عمله جاز استعمال غيره لان الواجب عليه احداث المعقود
عليه ويمكنه الايفا بنفسه وبالاستعانة بغيره استاجر رجلا
ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لو كان عياله
معلومين لانه اوفى بعض المعقود عليه فيجب العوض بقدره والا
اي وان لم يكن عياله معلومين فكله اي له كل الاجر واستاجر رجلا لايصال

قرطاس او زاد الي زيد ان رده اي القرطاس والزاد لموته اي موت زيد او غيبته
ذكره في النهاية لا شي له اي للاجير لان المعقود عليه في الكتاب نقله لانه
هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم تعلق به
وقد نقضه بالعود فسقط الاجر ويصير كالخياط اذا خاط الثوب
ثم نقضه فانه لا اجر له وكذا الزاد فانه بالعود نقض تسليم المعقود عليه
فان دفع القرطاس الي ورثته في صورة الموت او من يسلم اليه اذا حضر
في صورة الغيبة وجب الاجر بالذهاب بالاجماع وهو نصف الاجر المسمي لانه
اتي بما في اقصي وسعه وان وجده ولم يوصله اليه لم يجب شي لانتفا المعقود
عليه وهو الايصال صح استيجار دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيه العمل لان ما
المتعارف فيها الكني فينصرف اليه فانه لا يتفاوت فيصح العقد وله كل
عمل للاطلاق سوي ما يوهن البنا كالقصارة لان فيه ضررا ظاهرا
فيتقيد العقد بما وراها دلالة او ارض عطف علي دار صح استيجار
ارض لبنا او غرس لانه منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة
فاذا مضت المدة قلعه اي البنا ونحوه وسلم الارض فارغة الا ان يغرم
الموجر قيمته اي قيمة البنا ونحوه مستحق القلع فاذا ضمن بلا تملكه بلا
رضا المستاجر ان تنقص بالقلع الارض والا فبرضاه او برضا اي الموجر
تركه فيكون البنا والغرس لصاحبها والارض لصاحبها والزرع اذا انقضت
مدته لا يجبر علي قلعه بل يترك باجر المثل الي ان يدرك لان له نهاية معلومة
فامكن رعاية الجانبين فيه والرطبة كالشجر لان لها بقا في الارض وليست
كالزرع وقد علم حكم الشجر او دابة عطف علي ارض اي صح استيجار دابة
للركوب او الحمل بفتح الحا او استيجار ثوب للبس ان بين الراكب والحمل بكسر

قوله استيجار الارض الخ
هذا اذا كانت الارض
مملوكة اما اذا كانت موقوفة
فاذا مضت المدة لم يقلع
قلعه بل يبقى على حاله
بالاجرة اهـ

الحا واللابس قال في الكنز والدابة للركوب والحمل والثوب للبس عطفا
على الدور في قوله صح اجارة الدور فنفهم منه ان اجارة الدابة وما عطف
عليه جايزة مطلقا وقد قال في الكافي فان لم يبين من يركبها او ما يحمل
عليها او من يلبسه فالاجارة فاسدة ولهذا قلت ان بين الراكب فان
عمم بان قال على ان يركب او يلبس من شا او يحمل ما شا اركب والبس من شا
وحمل ما شا لوجود الاذن من الموجر ولكن اذا ركب بنفسه او اركب
واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص
على ركوبه ابتدا كذا في الكافي وان خصص براكب او لابس فخالف ضمن
لانه تعدى كذا كل ما يختلف بالمستعمل كالفسطاط حتى لو استاجره فدفعه
الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند ابي يوسف لتفاوت
الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن
لانه للسكنى فصار كالدار وفيما لا يختلف به اي بالمستعمل بطل التقييد
لانه غير مفيد فان سمى في الحمل نوعا وقدرا كبر له اي للمستاجر حمل مثله
في الضرر وان تساويا وزنا والاخف كالسمسم والشعير لا الاضر كالملح
والحديد حتى اذا استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان
يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة لان الحديد
يجتمع في موضع واحد من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها
وضمن بارداف رجل ان ذكر ركوبه اي ركوب نفسه نصف قيمتها
بلا اعتبار الثقل بين المردف والرديف قال الخفيف الجاهل
بالفروسية قد يكون اضر على الدابة من الثقيل العالم بها ذكر الارداف لانه
لو ركبها وحمل على عاتقه غيره ضمن جميع القيمة وان كانت الدابة

تطيق حملها الا ان ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان فيكون
اشق على الدابة اما اذا كانت الدابة لا تطيق فيجب عليه جميع الضمان في الاحوال
كلها وقيد بقوله رجلا لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد
الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا في الكفاية وضمن بالزيادة
على حمل معلوم ما زاد ان اطاقت الحمل اي ضمن قدر ما زاد على قدر
الحمل المعلوم في الثقل لانها هلكت بما دون فيه وغير ما دون فيه
والسبب الثقل فانقسم عليهما والا اي وان لم تطق حمل مثله فضمن كل
قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا كهلاكها بضربه اي الراكب
وكبحه وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري فانه يضمن بهما لان
الاذن مقيد بشرط السلامة لتحقق السوق بدونه وجوازه بها اي الدابة
عنها اي عن مكان استؤجرت اليه ولو وصلية ذاهبا وجائيا اي
الذهاب والمجيء وردها اليه عطف على جوازه بها يعني اذا استأجرها الى
موضع فجاوزها الى موضع اخر ثم ردها الى الاول ثم نفقت فهو ضامن
قيل تاويل هذه المسألة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد
بالوصول الى الاول فلا يصير بالعود مردودة الى يد المالك معنى اما
اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في
الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجري على الاطلاقه والفرق ان
المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى
الوفاق فيحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير
الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود قال في الهداية هذا اصح وقال في الكافي

الاول اصح ونزع اي يضمن بنزع سرج حمار مكترى وايكافه يعني اذا ه
اكترى حمارا مسرجا ونزع سرجه واوكفه يضمن مطلقا اي سواكان
الاكاف مما يوكف هذا الحمار بمثله او لا اما الثاني فظاهر واما الاول
فلان الاكاف ليس من جنس السرج لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة
اذا عطبت كما اذا احمل الحديد مكان الحنطة واسراجه بما لا يسرج اي الحمار
بمثله حيث يضمن كل قيمته لانه يعد اتلافا للدابة كمن ابدل الحنطة
بالحديد وسلوك اي يضمن الجمال قيمة متاع حمله ان هلك بسلوك
طريق غير ما عينه المستاجر لكن الثاني لكونه ايضا وقد تفاوتا اي
الطريقان بالطول والقصر والصعوبة والسهولة حتى اذا لم يتفاوتا
فلا ضمان عليه ان هلكت اذ لا فائدة في تعيينه حينئذ او سلوك
ما لا يسلكه الناس اي يضمن ايضا اذا هلك بسلوك طريق لا
يسلكه الناس لصحة التقييد وحصول المخالفة وحمله في البحر
يعني اذا حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن اذا تلف لان البحر متلف
حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في البر لا في البحر وله اي للحمال
الاجر في الصور المذكورة ان بلغ المنزل سالما لحصول المقصود ه
استاجر ارضا لزرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت لان الرطبة
اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الي
سقيها فكان خلافا الي شر فيضمن ما نقصت بلا اجر لانه صار
غاصبا حيث اشغل الارض بجنس اخر غير ما امر به دفع ثوبا الي خياط ط
ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء خير الدافع ان شاء ضمنه قيمة ثوبه
او اخذ القباء باجر مثله ولم يزد على المسمى قيل معناه القرطق الذي هو ذو

٤٧٨

طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو يجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لعقود جهة الموافقة فلا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة دفع غلامه الى حائك مدة معلومة ليعلمه النسج على ان يعطي الاستاذ المولى كل شهر كذا اجارة ولم يشرط على احد اجر فبعد تعلمه طلب طلب الاستاذ من المولى اجرا وهو منه اي المولى من الاستاذ ينظر الى عرف البلدة في ذلك العمل فان كان العرف يشهد للمولى فباجر مثل عمل تعليم ذلك العمل وان كان يشهد للمولى فباجر مثل عمل الغلام على الاستاذ وكذلك لو دفع ابنه ذكره قاضي خان والله تعالى اعلم

باب الاجارة الفاسدة

تفسد بامور ذكر الاول بقوله بالشرط المفسد للبيع لان المنافع تكون لها قيمة بالعقد وتصير به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها وذكر الثاني بقوله والشيوع بان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه وانما فسدت لان المقصود منها الانتفاع وهو امر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز بخلاف البيع لان المقصود به الملك وهو امر حكمي يمكن في المشاع فيجوز الاصلي احترز به عن الشيوع الطاري فانه لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية كما اذا اجر كل الدار ثم فسخا في النصف او اجر رجلا دارا لها لواحد فمات احدهما او بالعكس الامر بذلك فان كل المنفعة حينئذ تحدث

على

٢٧٩

على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقي والبعض بحكم الاجارة فلا يظهر معنى
الشيوع وانما يظهر الاختلاف في حق السبب والاجارة لاختلاف السبب
مع اتحاد الحكم فاذا لم يظهر الشيوع صح العقد على انه لا يصح في رواية
عن ابي حنيفة. كذا في الكافي وذكر الثالث بقوله وجهالة المسمى بان
جعل المسمى الاجرة ثوبا او دابة بلا تعيين وذكر الرابع بقوله وعدم
التسمية بان قال اجرتك داري شهرا او سنة ولم يقل بكذا وتفسد
ايضا اذا استاجر حانوتا او دارا سنة بمائة درهم على ان يرمها
المستاجر ويكون على المستاجر اجر المثل بالغا ما بلغ لانه لما شرط
المرمة على المستاجر صارت المرمة من الاجرة فيصير الاجر مجهولا ذكره
قاضيخان وانما لم يذكرهما لدخوله تحت قوله وجهالة المسمى فان
فسدت بها اي بهذين الامرين وجب اجر المثل باستيفاء المنفعة.
اذ قبل استيفائها لا يستحق الاجر بالغا ما بلغ والا اي وان لم تفسد
بها بل بالشرط والشيوع لم يزد اي اجر المثل على المسمى اي اذا كان اجر
المثل زائدا على المسمى لا تجب الزيادة لانهما رضيا باسقاط حقهما حيث
سميا الاقل وينقص عنه اي ان كان اجر المثل ناقصا عن المسمى لا يجب قدر
المسمى لفساد التسمية وانما لزم اجر المثل بهما بالغا ما بلغ ولم يرد على
المسمى في الفساد بغيرهما لان المنافع لا قيمة لها في انفسها عندنا.
وانما تتقوم بالعقد او شبهته فاذا لم تتقوم في انفسها وجب الرجوع
الى ما قومت به في العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما باسقاطه
واذا جهل المسمى او عدم التسمية انتفى المرجع ووجب الموجب الاصلي
وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت هكذا ينبغي ان يقرر هذا الكلام

في الفاسد

فان عبارات القوم مضطربة في هذا المقام فان اجر داره تفريع على قوله
وجهالة المسمي بعيدا اي عبد مجهول فكل مدة كستة اشهر مثلا.
ولم يدفعه اي العبد فعليه للمدة اجر المثل بالغا ما بلغ وتفسخ في الباقي
من المدة اجر دارا كل شهر بكذا تصح في واحد فقط وتفسد في الباقي
اذ لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين
الادنى والكل لعدم اولوية بعضها من البعض فتعين الادنى واذا
تم الشهر الاول فلكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح
وفي كل شهر سكن في اوله فانه اذا سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد
فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الا بعذر وكذا كل شهر سكن
في اوله لان التراضي منهما بالعقد يتم بالسكنى في الشهر الثاني وهذا
هو القياس وقد مال اليه بعض المتاخرين وفي ظاهر الرواية لكل منهما
الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان في ذكر راس الشهر
وفي اعتبار الاول نوع حرج الا ان سمي الكل بان يقول اجرتها ستة
اشهر كل شهر بكذا متعلق بالمستثنى معا يعني اذا بين جملة الشهور
وعين حصة كل منها جاز العقد لان المدة صارت معلومة فارتفع
المانع من الجواز اجرها سنة بكذا صح وان لم يسم اجر كل شهر لان المدة
صارت معلومة الا يرى ان اجارة شهر واحد تصح وان لم يسمي
قسط كل يوم واول المدة ما سمي بان يقول من شهر رجب من هذه
السنة والا اي وان لم يسم شيئا فوقت العقد لان الاوقات كلها
في حكم الاجارة سوا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب
كما في الاجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لا يكلم فلانا حيث

اعتبر

وقف ــــــــــــــــ له تعالى

اعتبر فيها الابتدا بعد الفراغ من التكلم فان كان اي العقد حين تهل
الهلال اعتبر الاهلة اي شهور السنة كلها بالاهلة لان الاهلة اصل في
الشهور قال الله تعالى قل هي مواقيت للناس والا فالايام لانه
الاصل اذا تعذر يصار الى البدل استاجر عبدا باجر معلوم وبطعامه
لم يجز لجهالة بعض الاجرة جاز اجارة الحمام فجاز اخذ اجرته لما روي انه
عليه السلام دخل الحمام في الجحفة ولتعارف الناس والحجام لما روي انه
صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى اجرته والظير باجر معلوم والقياس
ان لا تصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستيجار
البقرة او الشاة لشرب لبنها او لبستان لياكل ثمرها وجه الاستحسان
قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع
وقد جرى به التعامل في الامصار بلا نكير ولا نسلم ان العقد ورد على
استهلاك العين بل على المنفعة وهي حضانة الصبي وتلقيمه ثديها
وتربيته وخدمته واللبن تابع وانما قال لا تستحق الاجرة اذا ارضعت
بلبن الشاة لانها لم تات بالعمل الواجب عليها لانه ايجار ولبسوة
بارضاع وطعامها وكسوتها وعندهما لا يجوز للجهالة وله ان الجهالة له
انما تفسد العقد لافضائها الى المنازعة وهنا ليس كذلك لان
العادة بين الناس التوسعة على الاظار منفعة لذلك توجع الى اولا دهم لانه
وللزوج وطيها الا في بيت المستاجر الا باذنه يعني ليس للمستاجر
ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من
ابطال حقه لكن المستاجر يمنعه من الوطي في منزله لان المنزل
ملكه فلا يجوز له ان يدخل بلا اذنه وله اي للزوج في نكاح ظاهر بين

الناس او عليه تعقود فسخها اي فسخ اجارة الظئر لو بغير اذنه سوا
كان الزوج يشينه ان تكون امراته ظئرا او لا لان هذه الاجارة توجب
خللا في حق الزوج وللزوج ان يمنع امراته عما يوجب خللا في حقه وفيما
اي نكاح غير ظاهر بل اقرارها لا اي ليس له ان يفسخ الاجارة لان
العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استاجرها وجاز
للمستاجر فسخها ان مرضت او حبلت لان لبنها يضر بالولد وعليها
غسل الصبي وثيابه واصلاح طعامه ودهنه لان العادة ان الظئر
هي التي تتولى هذه الامور فصار ذلك كالشروط الا ثمن شي منها اي من الثياب
والدهن وهو اي ثمنه واجع اي اجر عمل المرضعة وارضاعها على ابيه وفرع
على هذا بقوله فان ارضعته بلبن شاة او غذته بطعام ومضت المدة ولا
اجر فان اجر الارضاع لما كان على الاب كان ترك الارضاع حرمانا عن الاجر
فان الارضاع هو ايصال الصبي لبنها بادخال حلمة ثديها في فمه
ولذا قال صاحب الهداية فان هذا ايجار وليس بارضاع وقوله
فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة بخلاف ما اذا دفعته الى خادمها
حتى ارضعته حيث تستحق الاجر كذا في الكفاية ولم تصح الاجارة للاذان
والامامة والحج وتعليم القران والفقه والغنا والملاهي والنوح وفي
المحيط وكتاب الاستحسان اذا اخذ المال بلا شرط يباح لانه
اعطي مالا عن طوع بلا عقد وعسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو
على الاناث والمراد اخذ الاجر عليه والاصل ان الاجارة لا تجوز عندنا
على الطاعات والمعاصي لكن لما وقع الفتور في الامور الدينية جوزها
المتاخرون ولهذا قال ويفتي اليوم بصحتها اي الاجارة لتعليم القران

والفقه

والعقد والامامة والاذان ويجبر المستاجر على دفع الاجر ويحبس به وعلى
الحلوة المرسومة وهي هدية تهدى الى المعلمين على رأس بعض سور القرآن
سميت بها لان العادة اهدا الحلاوة تفسد اي الاجارة ان دفع الى الحائك
غزلا لينسجه ببعضها واستئجار حمار ليحمل زاده ببعضه اي ببعض
الزاد او ثور ليطحن بره ببعض دقيقه هذا الاخير يسمى قفيز
الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه لانه جعل الاجر بعض ما تخرج
من عمله والاولان في معناه او من يخبز له كذا اليوم بكذا اي اذا استاجر
رجلا ليخبز له هذه العشرة الاصوع من الدقيق اليوم بدرهم فسد عند
ابي حنيفة لجهالة المعقود عليه لان ذكر الوقت يقتضي كونه المنفعة
وذكر العمل مع تقدير الدقيق يقتضي كونه العمل ولا ترجيح لاحدهما على
الاخر مع ان نفع المستاجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا به
لكونه اجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق
الاجرة بمضي المدة عمل او لا فسد العقد ولو كان المعقود عليه كليهما
اي عمل هذا العمل مستغرقا لهذا اليوم فهو غير معتاد وعادة وعن ابي
حنيفة انه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان في للظرف لا
لتقدير المدة فلا تقتضي الاستغراق وكان المعقود عليه العمل وهو
معلوم او ارضا شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها الا ان اثر
هذه الافعال يبقى بعد انقضاء المدة وليست من مقتضيات العقد
وفيه نفع صاحب الارض فتفسد كالبيع بخلاف استئجارها على ان يكربها
ويزرعها لانه شرط يقتضيه العقد لان المزارعة مستحقة بالعقد
وهي لا تتاتى الا بالسقي والكرب فلا تفسد به وبلا ذكر زارعها او ما يزرع

فيها لم يصح اما الاول فلان الارض تستاجر للزراعة والبنا والغرس فالم
يبين شيا منها لم يعلم المعقود عليه واما الثاني فلتفاوت انواع الزراعات
واضرار بعضها بالارض فالم يبين شيا منها لم يعلم المعقود عليه الا ان
يعم الوجه بان يقول علي ان تزرع ما شيت فحينيذ يصح لوجود الاذن
منه ولو زرعها بلا ذكر الزراعة او ما يزرع فمضي الاجل عاد اي العقد
صحيحا وله المسمي لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد استاجر
جملا الي بغداد ولم يسم حمله فحمل معتادا فهلك لم يضمن لان الاجارة
فاسدة والعين امانة ولم يوجد التعدي وان بلغ المكان المعهود
فله المسمي من الاجر استحسانا لان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد او الحمل
في الصورة الثانية فسخت الاجارة يعني فسخها القاضي دفعا للفساد
وان تعدي اي المستاجر علي الدابة ضمن او حمل طعاما مشتركا بينه وبين
اخر فاستاجر احدهما الاخر او حماره الي مكان كذا فحمل الطعام كله فلا اجر
لا المسمي ولا اجر المثل اما الاول فلما تقرر ان الاجر والضمان لا يجتمعان
واما الثاني فلان العقد ورد علي ما لا يحتمل الوجود فبطل كاجارة ما لا
منفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشايع وحمله غير متصور لانه
فعل حسي لا يتصور في الشايع من حيث انه شايع بخلاف البيع لانه تصرف
شرعي وهو محتمله كما في الجحود في الطريق يعني استاجر دابة ثم جحد الاجارة
في بعض الطريق وجب اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده
عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان ش
وعند محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا في الكافي
وزاد في شرح المجمع للمصنف بعد قوله فسقط الضمان قوله وعقد الاجارة

والقياس ان يجب اجر المثل لانه وقع فاسدا وجه الاستحسان ا ه

بل لا تتنا ول الا الى العاقدان عمل الزرع والغرس والاوله

والظاهر انه لا اجر لا استحسان

قايم

قايم لان الاجارة لاتنفسخ به وحده فوجب له الاجر المسمي علي المستاجر لالتزامه

بذلك اجارة النفع بالنفع تجوز اذا اختلفا واذا اتحد لا يعني اذا اجر داره

يسكنها بسكني دار اخري او دابة ليركبها بركوب دابة اخري او ثوبه ليلبسها

بلبس ثوب اخري لم يجز عندنا لان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا

غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشي بجنسه نسية

والجنس بانفراده يحرم النسا عندنا بخلاف ما اذا اختلفا الجنس لان النسا

في الجنس المختلف ليس بحرام كذا في الكافي اقول يرد علي ظاهره ان قوله

لان النسا في الجنس المختلف ليس بحرام مخالف لما قال في باب الربا ان وجد

القدر والجنس حرم الفضل والنسا لوجود العلة وان وجد احدهما وعدم

الاخر حل الفضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او برا في شعير

وان عدما حل الفضل والنسا فان البر والشعير جنسان مختلفان وقد حرم

النسا فيه ودفعه ان مراده بالجنس المختلف ما لا يكون فيه النسية لاختلاف

الجنس وانتفا القدر كما مر في بابه وههنا كذلك فان جنس النفع اذا اختلف

وليس النفع من المقدرات الشرعية لم يحرم النسا لانتفا جزي العلة فيكون

هذا داخلا في قوله وان عدما حل الفضل والنسا هذا وقد علل في المحيط عدم

الجواز اذا اتحد الجنس بان المنافع معدومة في الطرفين فكانت في الاعيا

والنبي صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الكالي بالكالي الا انه خص عنه خلاف

الجنس بالاجماع

باب من الاجارة

الاجير نوعان احدها الاجير المشترك وثانيهما الاجير الخاص وسياتي بيانه الاول من يعمل

لا لواحد كالخياط ونحوه او يعمل له اي لواحد عملا غير موقت فان استاجر

رجلا وعده للخياطة او الخبز في بيته غير مقيد بيوم او يومين كان اجيرا

[illegible]

مشتركا فان لم يعمل لغيره او موقتا بلا تخصيص يعني اذا استاجر رجلا لرعي
غنمه شهرا بدرهم فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيري فحينئذ
واحد وسياتي تحقيقه وانما يستحق اي لا يستحق الاجير المشترك الاجر الا
بعمله كالصباغ ونحوه لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين
العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض
وهو الاجر ولا يضمن ما هلك في يده سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة
او بما لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغارة لان العين امانة عنده لان
قبضه باذن المالك لمنفعة وهي اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه
كالمودع واجير الواحد وان وصلية شرط عليه الضمان لانه شرط لا
يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد الجانبين المتعاقدين اما فيما لا يمكن التحرز عنه
فبالاجماع واما فيما يمكن فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضي العقد
النصف عندهما وعنده يفسد لما ذكر وافتى المتاخرون بالصلح على النصف
لاختلاف الصحابة فيه كذا في العمادية بل يضمن ما هلك بعمله كالحرق
اي خرق الثوب الحاصل من الدق اي دق القصار وزلق الحمال فان التلف
الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي وانقطاع حبل يشد به
الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق في شدة الحمل
وغرق السفينة من مده الا ادميا غرق اي لا يضمن ادميا غرق من مد
السفينة او سقط من دابة ولو كان بسوقه او قوده لان ضمان الادمي
لا يجب بالعقد بل بالجناية وما يجب بها على العاقلة والعاقلة لا تتحمل
ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه ماذونا فيه او هلك من حجامة
او فصد لم يجز المعتاد وكذا دابة اي لا يضمن ايضا دابة هلكت من فصد

ونحوه

٢٨٧

ونحوه لم يجز المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضي او عزر ومات المضروب به الا ان يمكن التحرز عنه كدق الثوب ونحوه اذ بقوة الثوب ورقته يعلم ما يتحمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسلامة منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتني على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك من نفسه بنفسه ولا ما يتحمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسلامة فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد هذا كله اذا لم يهلك واذا هلك يضمن نصف دية النفس لانه هلك بما ذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرا المقطوع تجب عليه دية كاملة وان مات يجب عليه نصف الدية وهي من الغرايب حيث يجب الاكثر بالبرو والاقل بالهلاك ذكره الزيلعي فان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله بلا اجر او مكان كسره بحصته اجر اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد على سليم والمفسد على غير داخل واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتدا من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتدا الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شا فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتدا ولا يجب الاجر اذ تبين انه كان متعديا من الابتدا وان مال الى كونه ماذونا فيه في الابتدا وانما صار متعديا عند الكسر ضمن قيمته عند الكسر واعطاه اجرته بحسابه وثاني النوعين الاجير الخاص ويسمى اجير وحد ايضا وهو من يعمل لواحد عملا موقتا بالتخصيص وفايدة القيود عرفت

اي لم يجرح

ويضمن بالماذون فيه

لان الزايد هو الحشفه وهو عضو كامل فيجب عليه دية كاملة م

٢٨٨

مما سبق وبتحق الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل كاجير شخص لخدمته او رعي غنم وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنع من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل اعلم للخدمة او لرعي الغنم انما يكون اجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره اوذكر المدة اولا نحوان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه اجير خاص باول الكلام اقول سره انه اوقع الكلام على المدة في اوله فتكون منافعه للمستاجر في تلك المدة فيمتنع ان تكون لغيره فيها ايضا وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وان يكون لبيان نوع العمل الواجب على الاجير الخاص ما لم يبين نوع خاص العمل بان يقول استاجرتك شهرا للخدمة او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه بان يقول على ان ترعى غنم غيري مع غنمي وهذا ظاهر اذا اخر المدة بان استاجر ليرعى غنما مسماة له باجر معلوم شهرا فحينئذ يكون اجيرا مشتركا باول الكلام لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه ولا يضمن ما هلك في يده او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده بالاجماع اما عنده فظاهر واما عندهما فلان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعا في كثرة الاجر وقد يعجز عن القيام بها فتمكث عنده طويلا فيتساهل في حفظها واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فاخذنا فيه بالقياس واما الثاني

فلان

ان الاجير

العمل في اوله وقوله شهرا اخر في اول الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على

طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت مما يمكن عنه التحرز ~~الاحتمال حفظها~~

في المدة فان الاجارة على المدة لا غير والاجير الخاص

للمستاجر

فلان المنافع صارت مملوكة فاذا امره بالصرف الي ملكه صح وصار نايبا مناب فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه وفرع عليه بقوله فلا يضمن ظير صبي ضاع اي الصبي في يدها او سرق ما عليه اي علي الصبي من الحلي لكونها اجير وحد صح ترديد الاجر بالترديد في العمل نحو ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين وزمانه نحو ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبدرهمين والعامل نحو ان تسكن فيه عطارا فبدرهم وان تسكن حدادا فبدرهمين والمسافة نحو ان تذهب الي الكوفة فبدرهم وان تذهب الي واسطة فبدرهمين والحمل نحو ان تحمل عليها شعيرا فبدرهم او برا فبدرهمين وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشيا ولو بين اربعة اشيا لم يجز كما في البيع والجامع دفع الحاجة لكن يجب اشتراط خيار التعيين في البيع لا الاجارة لان الاجر انما يجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة بحيث لا ترتفع النزاع الا باثبات الخيار ويجب اجر ما وجد من الامرين المردد فيهما قليلا كان او كثيرا لكن اذا كان الترديد في الزمان نحو ان خطته في اليوم الاول من اليومين المردد فيهما ما سمي من الاجر وفي الثاني اي يجب اذا وجد العمل في اليوم الثاني منهما اجر المثل غير زايد علي المسمي وعندهما الشرطان جايزان وعند زفر فاسدان لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان والواجب احدهما وهي مجهولة كما لو قال ان خطته اليوم بدرهم او بنصف درهم ولهما ان كل واحد منهما مقصود فصار كاختلاف النوعين الرومية والفارسية وله ان العقد المضاف الي الغد لم يثبت في الاول فلا يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا لان اليوم والمضاف الي اليوم يبقي الي الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم

اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصفه بحسب العمل ... الاول اي يجب اذا وجد العمل في ح

ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا وهي تمنع جواز العقد بني المستاجر تنورا
اوكانونا في الدار المستاجرة ولحترق بعض بيوت الجيران او الدار لاضمان عليه
مطلقا سوا بني باذن صاحب الدار اولا لان هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه
لا يغير هيئة الباقي الى النقصان الا ان يصنع ما لا يصنعه الناس من
ترك الاحتياط في وضعه وايقاد نار لا يوقد مثلها في التنور والكانون كذا
في العادية استاجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب
لم يضمن كراع ندف شاة من قطيعه فخاف على الباقي ان تبعها كذا في الخانية
لا يسافر بعبد موجر للخدمة بلا شرط لان في خدمة السفر زيادة مشقة
فلا ينتظمها الاطلاق لا يسترد مستاجر اجر عمل عبد محجور يعني اذا استاجر
عبدا محجورا شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر لان
هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان في الصحة فسادها لرعاية
حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة لوجوب الاجر ولا يضمن
اكل غلة عبد غصبه فاجر هو اي العبد نفسه يعني رجل غصب عبدا فاجر
العبد نفسه وسلم عن العمل صحت الاجارة لكونه نفعا في حق المولى فان اخذ
العبد الاجر فاخذ الغاصب فاخذ الغاصب الاجر منه فاكله لا يضمن عند ابي
حنيفة وقالا يضمن لانه اتلف مال الغير بلا تاويل لان الاجر مال المولى
وله انه اتلف مالا غير متقوم في حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة
بعد القطع كما اذا اجر الغاصب فانه اذا اجر عبدا غصبه واخذ الاجر
واتلفه لا يضمن لان الاجر له وصح للعبد قبضها اي الاجرة الحاصلة من اجارة
نفسه اتفاقا لانه نفع محض ما دون فيه كقبول الهبة وفايدته تظهر في حق
خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه وياخذها مولاه

قايمة

قايمة لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في نصاب
السرقة بعد القطع فانه غير متقوم وملك للمالك استاجر عبدا شهرين شهرا
باربعة وشهرا بخمسة صح على الترتيب المذكور لان الشهر المذكور اولا ينصرف
الى ما يلي العقد تحريا للجواز فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة حكم الحال
اذا اختلفا في اباق العبد ومرضه وجري ما الرحى يعني اذا استاجر عبدا
شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر والعبد مريض او ابق
واختلفا فقال المستاجر مرض هو او ابق من اول المدة وقال الموجر احدهما
حكم الحال فان كان العبد ابقا او مريضا حكم بانه كذلك من اول المدة فلا
يجب الاجر وان لم يكن ابقا او مريضا حكم فانه كذلك من اول المدة فيجب
الاجر وكذا الاختلاف في جري ما الرحى القول لرب الثوب في القميص والقبا
والصفرة والحمرة يعني اذا قال رب الثوب للخياط امرتك ان تخيطه ثوبي
قبا فخطته قميصا او للصباغ امرتك ان تصبغ ثوبي احمر فصبغته اصفر
وقال الخياط والصباغ ما امرتني هو الذي فعلته فالقول في الصورتين لرب
الثوب مع اليمين لان الاذن يستفاد من قبله فكان القول قوله فيما اذن فيه
فاذا لم يكن لهما بينة يحلف رب الثوب في الصورة الاولى خير ان شا ضمنه
قيمة الثوب غير معمول ولا اجر له وان شا اخذه واعطاه اجر مثله ولا يجاوز
به المسمي لانه امتثل امره في اصل ما امر به وهو القطع والخياطة لكن خالفه
في الصفة فيخير داينها شاو في الثانية خير ان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض
وان شا اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمي ايضا والقول لرب الثوب
في الاجر وعدمه اي صدق رب الثوب مع يمينه في قوله عملت لي مجانا لا الصانع
قال بل باجر لانه ينكر العقد ووجوب الاجر وتقوم عمله باب

فسخ الاجارة تفسخ اي للمستاجر ولاية الفسخ لا انها تنفسخ لاحتمال الانتفاع بوجه اخر ولهذا لم يقل تنفسخ بخيار الشرط بان استاجر دارا سنة على انه اي المستاجر او الموجر بالخيار فيها ثلاثة ايام وانما تنفسخ به لانها عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وبخيار الروية لانه عليه السلام قال من اشترى شيا لم يره فله الخيار اذا راه والاجارة شرا المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا او دلالة وبخيار عيب حاصل قبل العقد فظاهر واما جوازه بما بعد العقد فلان المعقود عليه المنافع وانما توجد شيا فشيا وكلما كان كذلك فكل جز منه بمنزلة الابتدا فكان العيب حاصلا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كانه قبل قبض المعقود عليه وعلى المنافع كذا في شرح الهداية يفوت النفع صفة عيب كخراب الدار وانقطاع ما الرحى وما الارض فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ او يخل عطف على يفوت به اي بالنفع يعني ان العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث يجوز ان ينتفع به في الجملة كمرض العبد ودبر الدابة فان الاجارة تنفسخ به ايضا فلو لم يخل اي العيب به اي بالنفع او انتفع المستاجر بالمخل بالنفع واستوفى المنفعة وقد رضي بالعيب او ازاله اي الاخلال الموجر سقط خياره لزوال سببه ولذا قالوا ان العيب اذا لم يخل بالنفع المقصود لم يكن مجوزا للفسخ نحو ما اذا كان حايط للجمال ولا ينتفع به في سكناها وسقط ذلك الحايط ليس له ولاية الفسخ لان المعقود عليه النفعة فاذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار وبعذر عطف على بخيار

الشرط

اي ان الرد بعيب حاصل قبل العقد او بعده

في الدار

الشرط كلزوم ضرر لم يستحق بالعقد ان بقي اي العقد كما في سكون
وجع ضرس استوجر جداد وهو الجراح لقلعه فان العقد ان بقي لزم
قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد وموت عرس او اختلاعها
استوجر اي طباخ لطبخ وليمتها فان العقد ان بقي تضرر المستاجر باتلاف
ماله في غير الوليمة ولزوم دين عطف على لزوم ضرر لا يقضى الا بثمن الموجر
فانه اذا اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها
الا بثمن ما اجر واراد فسخها تفسخ والا لزمه ضرر الحبس وسفر عطف
على لزوم مستاجر عبد للخدمة في المصر او مطلقا اي غير مقيد بكونها
في المصر وان كان محمولا على الخدمة في المصر فان منع مالكه عن السفر فللمستاجر
الفسخ لوجود العذر وان اراد المستاجر سفره فللمالك الفسخ لوجود العذر
وان رضي المالك سفره فليس للمستاجر الفسخ لانتفاء العذر وافلاس مستاجر
دكان ليتجر فان الاجارة ان بقيت لزم اذا الاجر الدكان وهو ممتنع بالافلاس
وافلاس خياط يعمل بماله استاجر عبدا ليخيط فترك عمله قيد بقوله يعمل بماله
لان من ليس له مال ويعمل بالاجر فرأس ماله ابرة ومقراض فلا يتحقق العذر
في حقه وبدا مكتري الدابة من سفر فانه عذر لانه لو مضى على موجب العقد
لزم ضرر زائد لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب
غريم له فحضر او التجارة فافتقر بخلاف متعلق بقوله وخياط يعمل بماله
استاجر عبدا ترك مستاجره اي مستاجر عبد له اي ليخيط ليعمل.
متعلق بالترك في الصرف فانه لا يكون عذرا اذ يمكنه ان يقعد الغلام
للخياطة في ناحية ويعمل في الصرف في ناحية وبدا المكاري متعلق
بقوله وبدا المكتري فانه ايضا ليس بعذر اذ يمكنه ان يقعد ويبعث على

٢٩٤

علي يدِ تلميذه او اجيره وبيع ما اجره متعلق بقوله ولزوم دين فانه ايضا ليس بعذر بدون لحوق دين كما مر وتنفسخ الاجارة بلا حاجة الي الفسخ بموت احدهما اي احد المتعاقدين لو عقد لنفسه لانها لو بقيت تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانتقالها الي الوارث وهو لا يجوز ولو عقدها لغيره لا اي لا تنفسخ كالوكيل والوصي والمتولي لبقا المستحق عليه والمستحق حتي لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وتنفسخ بموت احد المستاجرين او المواجرين في حصته فقط وبقيت في حصة الحي وقال زفر تبطل فيها لان الشيوع مانع قلنا الشروط براعي وجودها في الابتدا لا البقا كالشهادة في النكاح ؛

مسايل شتي احرق حصايد ارض وهي جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها هاهنا ما بقي من اصول القصب المحصود في الارض استاجرها او استعارها فاحترق ما في ارض غيره لم يضمن لان هذا تسبيب وليس بمباشرة فلا يكون متعديا كحافر البير في ملكه ان لم تضطرب الرياح قال شمس عدم الضمان اذا كانت الرياح ساكنة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة فيضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه فيكون مباشرا او وضع جمرا في طريق فاحرقت شيا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعها الريح الي شي فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله كذا في النهاية سقي ارضه سقيا لا تحتمله اي لا تحمل تلك الارض ذلك السقي فتعدي اي الما الي جاره ضمن لانه مباشر لا مسبب اقعد خياطا او نحوه في دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف جاز فان صاحب الدكان قد يكون ذا

جاه

لبقا

السرخسي

جاه وجهة ولكن لا يكون حاذقا في العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه
العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استاجره بنصف ما يخرج من
عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه
في الحقيقة فان هذا بوجاهته يتقبل وذاك بحذاقته يعمل فتنتظم
المصلحة ولا تضره الجهالة فيما يحصل كاستيجار جمل يحمل عليه محملا
وراكبين وحمل محملا معتادا فانه جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز
وهو قول الشافعي لان المحمل متفاوت فيفضي الى النزاع وجه الاستحسان
ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد وارائته اجود اي ارائة المحمل
الجمال احسن لان المشاهدة انفى ان استاجره اي جملا لحمل قدر زاد فاكل
منه رد عوضه لانه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان
يستوفيه قال لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر كذا فلم
يفرغ وجب المسمى لانه اذا عين الاجرة والغاصب رضي بها ظاهرا
انعقد بينهما عقد اجارة الا اذا انكر الغاصب ملكه فانه اذا
انكره لم يكن راضيا بالاجارة وان وملكه اثبت اي اثبت صاحب
الدار كونها ملكا له او اقر اي الغاصب به اي بملكه ولم يرض بالاجرة
اي صرح بعدم رضاه به فحينئذ لا يفيد رضاه ظاهرا للمستاجر اي
جاز للمستاجر ان يوجر الاجير من غير موجره ولا يجوز ان يوجره لموجره
لان الاجارة تمليك المنفعة والمستاجر في حق المنفعة قائم مقام الموجر
فيلزم تمليك المالك كذا في الكافي ويعير ويودع فيما لا يختلف الناس
في الانتفاع به لانه لما ملكها فعه جاز له ان يملكها لكن لا فيما يختلف
الناس في الانتفاع بها والا كان متعديا فاذا استاجر دابة ليركب

لا يوجر غيره ولا يعيره لانه مما يختلف الناس في الانتفاع به وكله لاستيجار
دار ففعل وقبض ولم يسلمها اليه حتي مضت المدة رجع الوكيل بالاجرة
علي الامر كذا ان شرط تعجيله الاجرة وقبض ومضت المدة ولم يطلب
الامر وان طلب وابي تعجل اي الاجر لا اي لا يرجع علي الامر يعني لو وكل
رجلا ليستاجر له دارا معينة فاجرها وقبضها ومنعها من الامر ولا
ومضت المدة فالاجر علي الوكيل لانه اصيل في الحقوق ورجع الوكيل
بالاجر علي الامر لانه في القبض نائب عن الموكل وحق ملك المنفعة
وصار قابضا له حكما فان شرط الوكيل تعجيل الاجر وقبض الدار ومضت
المدة ولم يطلبها الامر منه رجع الوكيل بالاجر عليه لان الامر صار
قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طلبها فابي حتي يتعجل لا يرجع به
لا يرجع به علي الامر لانه لما حبس الدار عن الامر وله حق الحبس خرجت
يد الوكيل من ان تكون يد نيابة فلم يصر الموكل قابضا حكما ولم تصر
المنافع حادثة في يد الموكل حكما فلم يجب الاجر علي الموكل كذا في الكافي
للقاضي الاجرة علي كتب المكاتيب قد ربما يجوز لغيره لان كتبها
ليس من افعال القضا بجرم المستاجر لا يكون خصما لمدعي الاجارة
والرهن والشرا الا ان الدعوي لا يكون الا علي مالك العين بخلاف المشتري

كتاب العارية

لانه مالك العين ذكره في العادية لما فرغ من كتاب تمليك النفع بعوض
شرع في كتاب تمليك النفع بلا عوض وفي الصحاح هي بالتشديد كانها
منسوبة الي العار لان طلبها عار وعيب وفي الهداية هي من العرية وهي
العطية وفي الكافي هي من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير
نوبة في الانتفاع بملكه الي ان يعود اليه هي لغة ما ذكر وشرعا تمليك

لا يجوز ان تكون من العار وهو العيب لان النبي صلي الله عليه وسلم استعارها

نفع

تنع بلا عوض وبهذا اخرج الاجارة وتصح باعرتك لانه صريح فيها؛
واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الي ما لا يطعم كالارض يراد به اكل
غلتها اطلاقا فالاسم المحل علي الحال ومنحتك ثوبي هذا وجاريتي هذه اذا لم
يرد به الهبة فان في الهبة تمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل
علي تمليك المنافع واصله ان يعطي ناقة او شاة يشرب لبنها ثم يردها
وكثر استعماله في تمليك العين فان اريد به الهبة افاد ملك العين والا
بقي علي اصل وضعه وحملتك علي دابتي هذه اذا لم يرد به الهبة فان هذه
اللفظة تستعمل عرفا في الهبة لما سيق من قولهم حمل الامير فلانا علي الفرس
ويراد به التمليك ومعناه لغة هو الاركاب وهو يستعمل فيه ايضا فان
نوى احدهما صحت وان لم يكن له نية حمل علي الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك
اقول بهذا التقدير يندفع ما اعترض صاحب الكافي علي الهداية
بوجهين احدها انه جعل في كتاب العارية هذين اللفظين يعني منحتك
وحملتك علي هذه الدابة اي نوي بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو
الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثانيهما انهما اذا
كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم
ارادة الهبة لا يحمل علي تمليك المنفعة بل علي الهبة اما اندفاع
الاول فانه اراد بجعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك مجاز العين
ضرورة مجاز في العارية جعلهما حقيقة لعرفا فيكونان مجازين لتمليك
المنفعة عرفا ضرورة واراد بجعل الحمل حقيقة للاركاب جعله حقيقة له
لغة فيكون لتمليك العين مجازا لغة ضرورة فلا منافاة واما اندفاع
الثاني فلان الحقيقة انما تراد باللفظ بلا قرينة اذا لم يعارضها مجاز

المنح

[illegible] اعلم ان الفاظ الهبة [illegible] ثم ذكر [illegible] التمليك المنفعة [illegible] علي هذه الدابة

ستعمل فان النية اذا انتفت كان المعنى العرفي واللغوي المستعمل
متويين في الارادة فيجب حمل اللفظ على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالترك
واحد منك عبدي فانه اذن له في الاستخدام فيكون عارية وداري لك
سكنى وداري لك عمري سكنى فانه لفظ سكنى محكم في الارادة النفع فتصرف
اللام عن ارادة الملك ويرجع المعير متى شاء لان المنافع تملك شيئا فشيئا بحسب
حدوثها فما لم يوجد لم تملك فتصح الرجوع ولا تضمن اذا هلكت بلا تعد
لانها امانة ولا تؤجر اي العارية ولا ترهن لان العارية دون الاجارة
والرهن والشيء لا يتضمن ما فوقه فان اجر او رهن المستعير العارية فهلكت
العارية ضمنه المعير اي يضمن المعير المستعير لانها اذا لم تتناولها
كان كل منهما غصبا ولا يرجع اي المستعير على احد اذا ظهر بالضمان انه
اجر او رهن ملك غيره او ضمن المستاجر ويرجع اي المستاجر على المؤجر
دفعا للضرر الغرور عنه ان لم يعلم انه عارية معه وان علم فلا يرجع لانه
لم يغره فصار كالمستاجر من الغاصب عالما بالغصب وتعار اي العارية
مطلقا اي سواء اختلف استعماله او لا ان لم يعين منتفعا لانها لما كانت
تمليكا للمنافع جاز ان يعير لان المالك يملك التمليك كالمستاجر يملك ان
يوجر والموصى له بالخدمة يملك ان يعير ويعار ما لا يختلف استعماله
ان عينه اي منتفعا وفرع على قوله وتعار مطلقا بقوله فمن استعار
دابة مطلقا يحمل عليها ما شاء ويعيره اي للحمل ويركب بنفسه ويركب
غيره وايا فعل تعين وضمن بغيره حتى لو ركب بنفسه ليس له ان
يركب غيره ان تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له يركب بنفسه
حتى لو فعله ضمن اي المستعير بالخلاف ثم فقط التقييد اما في الوقت

وان اطلقها اي المعير الانتفاع في الوقت والنوع انتفع ما شاء اي وقت لانه يتصرف في ملك الغير فيملك التصرف على الوجه الذي اذن فيه
واما قيد ضمن م

لا النوع او بالعكس او فيهما فان عمل على وفق القيد فظاهر وان خالف
يضمن والحمل الى المثل او خير لا عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب
قرض لان الاعارة تمليك المنفعة ولا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك
عينها ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة
وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما ضررا لكونه موجبا للرد
المثل هذا اذا لم يعين الجهة اما اذا عينها كاستعارة الدراهم ليعير
بها الميزان او يزين بها الدكان ونحو ذلك من الانتفاعات
فيصير عارية امانة ليس له الانتفاع باستهلاكها فكان نظير عارية
الحلي والسيف المحلى وفرع على كونه قرضا بقوله فيضمن بهلاكها قبل
الانتفاع كما هو حكم القرض صح الاعارة اي اعارة الارض للبناء والغرس
لان منفعتها معلومة فتملك بالاجارة وله اي للمعير ان يرجع لان
الاعارة ليست بلازمة ويكلف قلعهما اي البناء والغرس لانه شاغل
ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان ياخذهما بقيمتهما اي
اذا استضرت الارض بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان
له كيلا تتلف ارضه ويستبد ذلك به لانه صاحب اصل واذا لم ينقصه
لا يجوز الترك باتفاقهما ولا يشترط الاتفاق في القلع بل لهما طلب جبره
وضمن رب الارض ما نقص البناء والغرس بالقلع ان وقت العارية لانه
مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفا بالعهد فيرجع
دفعا للضرر عن نفسه وكره اي الرجوع قبله اي قبل وقت معين لان
فيه خلف الوعد ولو اعار اي ارضه للزرع لا يوخذ اي الارض حتى يحصد
اي الزرع اي كان له ان يحصد مطلقا اي سوا وقت اولا لان له نهاية

الكراهة هنا تحريمية كذا في الذخيرة
نهاية

معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس ان ليس له نهاية فيقلع
دفعا للضرر عن المالك واذا كتب يكتب قد اطعمتني ارضك لا اعرتني
يعني اذا اعار ارضا بيضا ليزرعها يكتب المستعير انك اطعمتني ارض كذا
لازرعها عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة هي
الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى وله ان لفظ الاطعام
ادل على المراد من الاعارة لانها تختص بالزراعة واعارة الارض تكون
تارة للزراعة وتارة للبنا ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام
اولى ليعلم ان عرضه الزراعة صح التوكيل برد العارية والمغصوب لانه
التزم فعلا واجبا ولو توكل به اي بالرد لا يجبر الوكيل على النقل الى منزله
بل يدفعه اليه حيث يجده لان الوكيل لم يضمن شيا بل وعدا ان يتبرع على
الامر بخلاف الكفيل لانه ضمين كالوكيل بقبض الدين فانه اذا امتنع
عنه لا يجبر عليه رد المستعير الدابة مبتدا خبره قوله الاتي تسليم ولو
وصلية مع عبده اي عبد المستعير او اجيره مسانهة او مشاهرة لا
مياومة الى متعلق بالرد اصطبل مالكها لا الى نفس مالكها او العبد عطف
على الدابة الى دار مالكه لا الى نفسه تسليم حتى اذا هلكا لم يضمن استحسانا
والقياس ان يضمن لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيل مالكها
بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العارية
الى المربط او الى دار المالك وهما في يد المالك حكما فكانه ردها الى يد
المالك لو ردها مع عبد الغير مطلقا اي سوا يقوم على دابته او لا هو الصحيح
او اجيره كذا مر اي مشاهرة او مسانهة لان المالك راض به عادة لو كان
المستعار عقد نفيس يعني ان جواز رد المستعار الى يد غلام صاحبه او

لله تعالى

ووضعه في داره او اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به ولهذا لو دفعه الى
المودع الي غلامه يضمن بخلاف الاجنبي اي بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبي
فانه يضمن وبخلاف رد الوديعة والمغصوب الي دار المالك فانهما اذا ردهما
اليها ولم يسلمها اليه ضمن اما الوديعة فلانها للحفظ ولم يرض بحفظ
غيره والا لما اودعها عنده واما الغصب فلان الواجب عليه ابطال
فعله وذلك بالرد الي المالك العبد المأذون يملك الاعارة كذا في الخلاصة
والمحجور اذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق لان المعير سلطه
على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولي
ولو اعار هذا المحجور مثله فاستهلكه ضمن الثاني للحال لان المحجور يضمن
باتلافه مالا استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق ان لم يكن الذهب مما
كان الصبي يضبط ما عليه لم يضمن اي المستعير لانه لم يضيع اذ
للمستعير ان يعير والا ضمن لانه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل
حفظه كذا في المحيط وضعها اي وضع المستعير العارية بين يديه
فنام فضاعت لم يضمن لو كان نومه جالسا لان هذا حفظ عادة
وضمن لو مضطجعا لترك الحفظ ليس للاب اعارة مال طفله كذا
في الخلاصة واجرة الرد اي رد العارية والوديعة والعين المستاجرة
والمغصوب والرهن علي المستعير والمودع والموجر والغاصب والمرتهن
لان النفعة حصلت لهم

كتاب الوديعة

لا يخفى وجه مناسبته لكتاب العارية هي لغة مطلق الترك وشرعا
امانة تركت للحفظ وركنها الايجاب من المودع كاودعتك او ما
يقوم مقامه قولا او فعلا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل ساكتا

هذا وديعة عندك او سكت وذهب صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك
الثوب ثمة فضاع يصير ضامنا لان هذا ابداع عرفا صرح به قاضي
خان والقبول عطف على الايجاب حقيقة بان يقول قبلت واحدث
او نحو ذلك او عرفا بان سكت حتى يضع الثوب ولو قال لا اقبل الوديعة
فوضع بين يديه وذهب فضاع الثوب لا يضمن لانه صرح بالرد
فلا يصير مودعا بلا قبول ذكره قاضي خان وشرطها كون المال قابلا
لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون
اثبات اليد عليه محال فايداع الطير في الهوى والعبد الابق والمال
الساقط في البحر غير صحيح وحكمها وجوب الحفظ على المودع وصيرورة
المال امانة عنده ووقوع عليه بقوله فلا يضمن اي المودع ان هلكت
او سرقت عنده لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان
والمغل الخائن والاغلال الخيانة ولو وصلية وحدها اي لم يسرق
معها مال للمودع وقال مالك يضمن للتهمة والحجة عليه ما نقلنا الا
ان يموت اي المودع مجهلا اي لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون
متعديا فيضمن كذا الامنا اي كل امين مات مجهلا لحال الامانة
يضمن الا متولياً اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض
الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا اي بلا بيان المودع وقاضيا
اودع مال اليتيم ومات مجهلا كذا في الخانية ويحفظها بنفسه وعياله
اي زوجته وولده ووالديه واجيره ويضمن ان حفظ بغيرهم او اودعها
غيرهم لان المالك رضي بحفظه ويده دون غيره فيضمن بالتسليم اليه
الا اذا خاف حرقا او غرقا فسلم الى جاره او فلكه اذ لا يمكنه ان :.

يحفظها

٣٠٣

يحفظها في هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار ماذونا فيه ولا يصدق
عليه الا ببينة لانه يدعي ضرورة تسقط الضمان بعد تحقق فصار
كما اذا ادعى الاذن في الايداع كذا اي ضمن ايضا المودع اذا طلب
ربها اي رب الوديعة فمنع اي المودع قادرا على تسليمها فانه اذا طالبه
بالرد لم يكن راضيا بامساكه بعده فيكون متعديا بالمنع فيضمن
او تعدى اي المودع وفسر التعدي بقوله فلبس ثوبها او ركب دابتها
او انفق بعضها فان المودع اذا انفق بعضها ضمن ما انفق منها
ولم يضمن كلها او خلط مثله بما بقي فاذا جاء بمثله ما انفق فخلطه بالباقي
صار ضامنا لجميعها لانه صار مستهلكا للكل بالخلط كذا في الكافي او
جحدها عنده يعني اذا طلبها صاحبها فجحدها عنده ثم اقر او لا
ضمن لان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامساك بعده
غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار لم يبرأ عن الضمان لان العقد
ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يجدد وانما قال عنده لانه لو انكر
عند غيره بان قال اجنبي اعندك وديعة فلان فقال لا لا يضمن
لان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ لانه يقطع به طمع الطامعين
عنها فلا يضمن به او حفظ اي الوديعة في دار امر به اي بحفظها في
غيرها اي غير الدار فيضمن لمخالفته امره او خلط بماله حتى لم يتميز
سواء خلطها بجنسه او بخلاف جنسه فان الخلط استهلاك عند
ابي حنيفة مطلقا وان اختلطت اي الوديعة به اي بمال المودع
بلا صنع منه كما اذا انشق الكيسان فاصطلحا اختلطا اشتركا ولا
ضمان اذ لا تعدي منه اتفاقا وان زال التعدي يعني اذا تعدى المودع

٣٠٤

في الوديعة بان اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان بمعنى ان الوديعة اذا ضاعت بعد العود الى يده لم يضمن خلافا لمالك فهذا الذي ذكره حكم الوديعة واختلف في ساير الامانات قال في العمادية لو استعار دابة الى مكان مسمى فجاوزها المستعير المكان المسمى ثم عاد اليه فهو ضامن الى ان يردها على المالك قيل هذا اذا استعارها ذاهبا لا جائيا اما اذا استعارها ذاهبا وجائيا يبرء وهذا القايل يسوي بين المودع والمستعير والمستاجر اذا خالفوا ثم عادوا الى الوفاق يبرؤا عن الضمان اذا كانت مدة الايداع والاعارة باقية ومن المشايخ من قال في العارية لا يبرء عن الضمان لم يردها على المالك سوا استعارها ذاهبا او ذاهبا وجائيا وهذا القايل يقول ان المستعير والمستاجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرء عن الضمان بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق حيث يبرء والقول الاول اشبه والية مال شيخ الاسلام خواهر زاده وله اي للمودع السفر بها اي بالوديعة وان كان لها حمل ومونة ان امن اي الطريق بان لا يقصده احد غالبا وان قصده امكنه دفعه بنفسه وبرفقايه ولم ينهه اي المودع عن السفر فان لم يامن او نهاه فضاعت ضمن اودعاه اي اودع رجلان رجلا مثليا يعني الكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لم يدفع اي المودع الى احدهما حصته بغيبة الاخر ولو دفع ضمن وقالا يدفع ولا يضمن قيل الخلاف في المثليات والقيميات معا والصحيح انه في المثليات فقط فلذا قال كما في القيمي اودعها

ما

٣٠٥

ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ
احدهما باذن الاخر وذلك لانه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما
كله فان الفعل كالحفظ متى اضيف الى اثنين فيما يقبل التجزي
يتناول البعض دون البعض فيقع التسليم الى الاخر بلا رضا المالك
وضمن دافع كله لا قابضه لان مودع المودع لا يضمن عنده بخلاف
ما لا يقسم فان دفع كله لا يضمن لانه لما اودعهما مع علمه بانهما
عليهما لا يجتمعان عليه ليلا ونهارا وامكنهما المهاياة كان راضيا بدفع الكل الى
احدهما في بعض الاحوال كذا المرتهنان والوكيلان بالشرا اذا اسلم
احدهما الى الاخر ما يقسم حيث يضمن بخلاف ما لا يقسم نهي عن الدفع
عياله فدفع الى من له بد اي انفكاك منه مع انه من عياله ضمن ودفع
الى من لا بد منه كدفع الدابة الى عبده وما يحفظ النسا الى عرسه
لا اي لا يضمن يعني اودع رجلا وديعة وقال لا تدفعها الى عبدك
وامرأتك وولدك واجيرك وهم في عياله فان دفعها الى واحد منهم فهلكت
فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل وخادم فهو
ضامن والا لم يضمن لان هذا الشرط مفيد فيعتبر بالامكان
الرجل على الحال ولا يامن عيالة لكن انما يلزمه مراعاة شرطه
بقدر الامكان فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهي عنه وهو
متمكن من حفظها على الوجه المامور به فيضمن بحفظها على
الوجه المنهي عنه وان كان لا يجد بدا منه لا يضمن اذ لا يمكنه الا به
فلم يكن العمل مع مراعات الشرط فلم يعتبر التقييد فيبطل فصار
كانه قال لا تحفظ فصار مناقضا للاصل وهذا كما اذا اودع

دابة وقال لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شي يحفظ على يد الناس والرجل ممن لا يجد بدا منها فهذا شرط بناقض اصله فصار باطلا كما لو امر بحفظها في بيت معين من دار او صندوق معين فيه اي البيت فحفظ في بيت آخر منها اي من تلك الدار او صندوق آخر منه اي من تلك البيت فانه حينئذ لم يضمن بخلاف الدارين الاصل ان الشرط انما يصح اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا والنهي عن الوضع في دار اخرى مفيد لان لان الدارين يختلفان في الامن والحفظ فصح الشرط وامكن العمل به واما البيتان في دار واحد فقلما يختلفان في الحرز فالتمكن من الاخذ من احدهما يتمكن من الاخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به ايضا فلا يعتبر وكذا الصندوقان فان تعين الصندوق في هذه الصورة لا يفيد فان الصندوقين في بيت واحد لا يتفاوتان ظاهرا الا ان يكون لها اي للبيت والصندوق خلل ظاهر فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف اودع المودع فهلكت ضمن المودع المودع الاول فقط وقالا يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول ولو اودع الغاصب ضمن المالك ايا شاء من الغاصب والمودع اما الغاصب فظاهر واما مودعه فلقبضه منه بلا رضا مالكه ثم انه ان لم يعلم انه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكي ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة كذا في النهاية كما في الغاصب وغاصبه والغاصب والمشتري منه فان غاصبه والمشتري منه صار مثله بالتلقي

منه

منه ابتدا لعدم اذن المالك فكذا ابنا معه الف ادعى رجلان كل منهما
انه له اودعه اياه فنكل لهما حتى اي الالف لهما وعليه الف اخر بينهما
لانه دعوى كل واحد منهما صحت بانفراده لان كل منهما ادعاه
والمسالة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لهما او يحلف للاول وينكل
للثاني او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل منهما فلا شي لهما وان
حلف للاول ونكل للثاني فالالف له ببذله او اقراره وان عكس
فالالف للاول ولا شي للثاني وان نكل للثاني ايضا فالالف بينهما لانه
اوجب الحق لكل منهما عليه ببذله او اقراره وعليه الف اخر بينهما
لانه نكوله اوجب لكل منهما كل الالف كان ليس معه غيره فان صرفه اليهما
فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا
فيغرم ذلك اودع حر عبدا محجورا فاودع المحجور محجورا مثله وضاع المودع
ضمن الاول لانه سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط
وبطل الشرط في حق المولى فقط اي لا يضمن الثاني لان مودع المودع
لا يضمن عند ابي حنيفة اقام يجئ بعد العتق وعليه الحق المولى ولو
ضاع المودع عند الثالث يعني اذا اودع المحجور الثاني عند المحجور الثالث
فهلك عند الثالث فلا ضمان عليه وان عتق لانه مودع المودع وهو
وهو غير ضامن عند ابي حنيفة ويغرم الاول بعد عتقه لما مر في قوله
لانه سلطه الى اخره ويغرم الثاني في الحال لانه استهلكه بدفعه الى الثالث
ومودع المودع يضمن عنه اذا جني

كتاب الرهن

مناسبته لكتاب الوديعة ان عين الرهن امانة في
يد المرتهن كما سياتي فيكون كالوديعة هو لغة الحبس مطلقا وشرعا

حبس المال احترازٌ عن رهن الحر والمدبر والخمر ونحوها بحق يمكن
اخذه اي الحق منه اي المال وهو اي ذلك الحق الدين حقيقة وهو
دين واجب ظاهراً او باطنا او ظاهراً فقط فانه يصح بثمن عبد (في الذمم)
وثمن خل وذبيحة وبدل صلح عن انكار وان استحق او وجد حرا او خمرا
او ميتة او تصادقا ان لا دين لان الدين وجب ظاهرا وهو كاف
لانه اكد من دين موعود كما سياتي او حكما كالاعيان المضمونة
بالمثل او القيمة والقوم يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها وسياتي
وجه تحقيق التسمية ان شاء الله تعالى ينعقد حال كونه غير لازم
لانه تبرع كالهبة والصدقة بايجاب وقبول كما في الهبة فللراهن
تسليمه والرجوع عنه تفريع على قوله لازم فاذا سلم اي الراهن الرهن
وقبض من قبل المرتهن محوزا اي مجموعا احتراز عن رهن الثمر على الشجر
ورهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه مفرغا اي عن ملك الراهن
وهو احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون
الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن متميزا احتراز عن رهن المشاع
كرهن نصف العبد او الدار كذا في غاية البيان وهذه المعاني هي المناسبة
لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع والثالث
عن رهن ثمر على النخل دون النخيل كما لا يخفى على اهل النظر لزم اي الرهن هو
جزاء القول فاذا سلم والتخلية فيه اي رفع المانع من القبض في زمان يمكن فيه
قبض (قبض) اي في حكم قبض المرتهن حتى اذا وجد من الراهن بحضرة المرتهن
ولم ياخذه فضاع ضمن المرتهن فلا وجه لما قال الزيلعي بناء على ظاهر المعنى
اللغوي ان الصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع المانع من القبض

وهو

وهو قبل المسلم دون التسليم كالبيع اي كما ان التخلية فيه ايضا قبض
اعترض على القوم بان التخلية ينبغي ان لا تكفي في قبض الرهن لان القبض
منصوص في الرهن بخلاف البيع حتى استدلوا على شرطية القبض في
الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة والاصل ان المنصوص يراعى وجوده
على اكمل الوجوه الجهات اقول المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات
اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان
يراعى وجوده كما ذكر قاضي خان التراضي في البيع منصوص عليه لقوله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع
المكره ولم يفسد وليس كذلك كما سيأتي ولو هلك اي الرهن اعلم
ان الرهن امانة محضة عند الشافعي حتى لو هلك لم يجعله مضمونا وعند نا
امانة لكن يد المرتهن يد استيفا ويتقرر بالهلاك لان الاستيفا
يحصل من المالية دون العين فالاستيفا بالعين كما ذهب اليه يكون
استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وانما يحصل الاستيفا بجنس
الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان
هو امينا في العين كالكيس في حق الاستيفا ولهذا كان نفقة الرهن على
الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم
عليه غرمه فاذا هلك الرهن ضمن اي المرتهن بالاقل يجب تعريفه باللام
لئلا يتوهم كون من في قوله من قيمته ومن الدين تفضيلية وليس
كذلك بل بيانيه والمعنى بالاقل الذي هو من هذين المذكورين ايهما كان
وقد وقع في نسخ الوقاية منكرا ولو استويا اي الدين وقيمة الرهن
سقط دينه اي صار المرتهن مستوفيا لدينه ولو كانت قيمته اي الرهن

اكثر من الدين فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفا وهو
بقدر الدين ولو كانت اقل منه سقط من الدين قدره ورجع المرتهن
بالفضل مثلا اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط
دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى
وان كانت خمسة عشر فالفضل امانة وضمن اي المرتهن بدعوى الهلاك بلا بينة
يعني اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن وان لم يقم البينة عليه مطلقا
اي سواء كان من الاموال الظاهرة كالحيوان والعبيد والعقار او من
الاموال الباطنة كالنقدين والحلي والعروض وقال مالك يضمن في الاموال
الباطنة فقط وله اي المرتهن طلب دينه من راهنه لان الرهن لا يسقط
طلب الدين وله حبسه به اي الراهن بالدين وان كان الرهن في يده
لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي
يحبسه دفعا للظلم وله ايضا حبس رهنه بعد الفسخ حتى يقبض دينه
او يبريه لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ
فانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين لا الانتفاع به اي بالدين عطف
على قوله طلب دينه مطلقا اي لا بالاستخدام ولا سكنى ولا لبس ولا اجارة
او اعارة سواء كان من المرتهن او الراهن الا بالاذن اي اذا اذن الراهن
ان كان المنتفع المرتهن او اذن المرتهن ان كان المنتفع الراهن فلو
فعل اي انتفع بالرهن قبل الاذن تعدى ولم يبطل الرهن به اي بالتعدي اي احدهما
واذا طلب اي المرتهن دينه ولو في غير بلد العقد امر باحضار الرهن
لان قبضه قبض استيفا فلا وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفا لان
هلاكه محتمل فاذا هلك في يد المرتهن تكرر الاستيفا ان لم يكن لحمله مؤنة

متعلق

متعلق بقوله ولو في غير بلد العقد فان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مونة فان احضره اي المرتهن سلم الراهن الدين ثم المرتهن الرهن ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن بحضور الرهن تحقيقا للتسوية كما في البيع والثمن بحضور المبيع ثم يسلم الثمن وان كانت اي لحمله مونة سلم اي الراهن الدين بلا احضار الرهن اي لا يكلف المرتهن احضاره لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك كذا في الكافي ومن قضي طلب دينه لا يكلف اي المرتهن احضار رهن وضع عند عدل بامر الراهن لكونه في يد الغير بامر الراهن ولا يكلف ايضا المرتهن احضار ثمن رهن باعه المرتهن بامره اي الراهن حتى يقبضه لانه صار دينا بالامر ببيع الرهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين واذا قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل منه ولا يكلف من معه رهنه تمكينه اي الراهن من بيعه اي الرهن ليقضي دينه يعني لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضي الدين بثمنه لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدايم الى ان يقضي الدين فكيف يصح القضا من ثمنه ولا يكلف من من قضي بعض دينه ان يسلم بعض رهنه حتى يقبض البقية من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع ويحفظه بنفسه وعياله كزوجته وولده وخادمه واجيره مشاهرة او مسانهة يكون معه فان العبرة بالمساكنة لا النفقة حتى ان المراة لو دفعته الى زوجها لا تضمن ذكره الزيلعي وضمن

٣١٣

بحفظه بغيرهم لانه ترك الحفظ الواجب وتعدبه اي ضرها وايداعه لما تقرر ان عينه امانة وجعل خاتم الرهن في خنصرها اليمني او اليسرى لانه استعمال وجعله في اصبع اخر حفظه و تقلد سيفي الرهن لانه ايضا استعمال لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون في العادة بسيفين لا الثلاث والضمان في هذه الصورة ضمان الغصب بجميع القيمة لان الزيادة علي مقدار الدين ايضا امانة والامانات تضمن بالاتلاف وفي لبس خاتم الرهن فوق اخر يرجع الي العادة فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وعليه اي علي المرتهن مونة حفظه كاجرة بيت الحفظ واجر الحافظ فان تمامه علي المرتهن وان كان قيمة الرهن اكثر من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له واما رده او رد جزء منه الي يده فتنقسم علي المضمون والامانة يعني ان مونة رده الي من تحته ان كان خرج من يده كجعل الابق علي المرتهن ان كان قيمة الرهن مثل الدين وكذا مونته اما اذا كانت اكثر فتنقسم علي المضمون والامانة فالمضمون علي المرتهن والامانة علي الراهن وكذا مداواة القروح ومعالجة الامراض والفدا من الجناية وعلي الراهن خراج الرهن ومونة تبقيته واصلاح منافعه كنفقة الرهن وكسوته واجر راعيه وظئر ولد الرهن وسقي البستان والقيام باموره والحاصل انما يرجع الي بقائه فهو علي الراهن سواء كان في الرهن فضل اولا لان العين بقيت علي ملكه وكذا منافعه مملوكة له وما يرجع الي حفظه فهو علي المرتهن اما خاصة او بالتقسيم كما مر وكل ما وجب علي احدهما من الراهن والمرتهن واداه الاخر كان متبوعا لانه قضي دين غيره

بغير

خاتمه اي خاتم

تكون حفظا فلا يكون الا استعمالا ولانه يتقلدون في العادة بسيفين لا الثلث

الزيادة علي قدر الدين ... فتنقسم المضمون ... (هامش غير واضح)

يبيع امره الا ان يامره به القاضي لان له ولاية عامة فكان صاحبه امره به
باب ما يصح رهنه والرهن به او لا صح رهن الحجرين
يعني الذهب والفضة والمكيل والموزون لكونهما محل الاستيفا فلو رهنت
المذكورات بخلاف جنسها فهلكت هلكت بقيمتها كساير الاموال وهو
ظاهر ولو هلكت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وتعتبر المماثلة رهنت
في القدر وهو الوزن او الكيل بلا عبرة للجودة ولا للقيمة فان الدين
اذا كان وزنيا والرهن ايضا كذلك فهلكت فان تساويا سقط الدين
وان كان الدين زايدا اسقط قدر الرهن منه وبقي الزايد في ذمة الرا هن
وان عكس سقط قدر الدين منه والفضل للراهن لا اي لا يصح رهن
مشاع لان حكم الرهن كما عرفت ثبوت يد الاستيفا وهو لا يتصور
في المشاع من حيث انه مشاع مطلقا اي سوا كان مما يحتمل القسمة او لا
وسوا رهن من شريكه او من اجنبي والطاري كالمقارن هو الصحيح كذا
في الخلاصة وثمر على شجر دونه اي دون الشجر وزرع ارض او نخل
دونها اي دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون
خلقة كذا العكس وهو رهن الشجر لا الثمر ورهن الارض لا النخل
والزرع لان الاتصال يقوم بالطرفين فالاصل ان المرهون اذا كان
متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لامتناع قبض المرهون وحده ولا يصح
ايضا رهن حر ومدبر ومكاتب وام ولد ووقف وخمر لان حكم الرهن ثبوت
يد الاستيفا ولا يثبت الاستيفا منها لعدم المالية في الحر وعدم جواز
بيع ما سواه ولا يصح ارتهانها من مسلم او ذمي واللام في لمسلم يتعلق
بقوله رهن حر او ارتهانها اي لا يجوز للمسلم ان يرهن حرا او مثاله

او برهنها من مسلم او ذمي لتعذر الايفا والاستيفا في حق المسلم ولا يضمن
له اي للمسلم من رهنها الذمي يعني اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم منه
كما لا يضمنها بالغصب لانها ليست بمال في حق المسلم وفي عكسه الضمان
يعني اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما قبض الخمر للذمي كما اذا غصب
لانها مال للذمي ولا يصح ايضا بامانات كالوديعة والعارية ومال
المضاربة والشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا للمرتهن
فكان قبض الرهن مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض ويثبت
استيفا الدين منه وقبض الامانات ليس بمضمون ليصح الرهن بها
ومبيع في يد البايع لما عرفت ان الرهن يجب ان يكون في مقابلة
الدين حقيقة او حكما والمبيع في يد البايع ليس كذلك اذا هلك
سقط الثمن وهو حق البايع وليس فيه ضمان والقول بضمونه بالعين
المضمونة بغيرها وسياتي تحقيقه ان شا الله تعالي ودرك تفسير
الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف
المشتري الاستحقاق واخذ بالثمن من البايع رهنا قبل الدرك
فانه باطل حتي لا يملك حبس الرهن حل الدرك او لم يحل واذا هلك الرهن
كان امانة عنده حل الدرك اولا اذ لا عقد حيث وقع باطلا لكنا
في الكافي واجرة نايحة ومغنية وثمن حر حتي لو هلك الرهن لم يكن
مضمونا اذ لا يقابله شي مضمون وكفالة بالنفس فتعذر الاستيفا
وشفعة لان المبيع غير مضمون علي المشتري وعبد جان او مديون
لانه غير مضمون علي المولي فانه لو هلك لا يجب عليه شي وقصاص مطلقا
اي في النفس وما دونها لتعذر الاستيفا بخلاف الجناية خطا لان

استيفا

لانه يمكن ان يضمن بالقتل والتقويم

مضمونا

وهو ظاهر

ومن الباطل الرهن شيا باجر نايحة او مغنية من الاشباه والنظاير

صورته ان يطلب الشفيع الشفعة وبقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة

اهم عناية

تم

قوله وعبد الخ يعني للشفيع القاتل انتهى

استيفا
الا دين من الرهن ممكن ويصح بعين مضمونة بالمثل او القيمة كالمغصوب
وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم عمد اعلم ان الاعيان ثلاثة
اقسام احدها غير مضمون اصلا كالامانات فان الضمان عبارة عن
رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا فالامانات ان
هلكت بلا تعد فلا شي في مقابلتها او بتعد فلا تبقى امانة بل تكون
مغصوبة وثانيها عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه والقوم
يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها ويريدون الاعيان المضمونة في
حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض وثالثها عين ليست
بمضمونة ولكنها تشبه العين المضمونة كمبيع في يد البايع فانه اذا
هلك لم يضمن احد مثله او قيمته لكن الثمن يسقط عن ذمة المشتري
وهو غير المثل والقيمة فبمجرد هذا الاعتبار سموه بالعين المضمونة
بغيرها فكانه من قبيل المشاكلة ويصح بدين كما هو الاصل وهو
توطية لقوله ولو موعودا فهلك في يد المرتهن عليه اي على المرتهن
بما وعد من الدين يعني ان رهن ليقرضه الف درهم وهلك الرهن
في يد المرتهن فهلك على المرتهن بمقابلة الالف الموعود فيجب عليه تسليم
الالف الى الراهن اذا لم يكن الدين اكثر من قيمة الرهن بل كان مساويا
او اقل حتى اذا كان اكثر بل يكون مضمونا بالدين بل بالقيمة ويصح ايضا
برأس مال السلم او ثمن الصرف لان المقصود ضمان المال والمجانسة
ثابتة في المالية فيثبت الاستيفاء من حيث المال فان هلك اي الرهن
برأس المال او ثمن الصرف تم العقد اي السلم والصرف واخذ حقه
اي صار المرتهن مستوفيا لحقه لتحقق القبض حكما فان تفرقا قبل نقد

وهلك بطل اي عقد السلم والصرف لفوات القبض حقيقة وحكما
ولما لم يات هذا التفصيل في السلم فيه افرده بالذكر فقال وبالمسلم
فيه فان هلك اي الرهن تم العقد وصار اي الرهن عوضا للمسلم فيه
فيصير كانه استوفاه وان فسخ اي عقد السلم صار اي الرهن رهنا
ببدله وهو راس المال فيحبسه فصار كالمغصوب اذا هلك وبه
رهن يكون رهنا بقيمته وهلك رهنه بعد الفسخ هلك به اي بالمسلم
فيه حتى يجب عليه رد مثل المسلم فيه لقبض راس المال لانه رهنه به
وان كان محبوسا بغيره وهو راس المال ويصح ايضا بدين عليه اي
الاب عبد طفله معقود لرهن العقد رلانه يملك الايداع وهذا
اولى منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خوفا من
الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي
كالاب وعن ابي يوسف وزفر لا يجوز منهما ويصح ايضا بثمن عبد
او خل او ذكية ان ظهر العبد حرا والخل خمرا والذكية ميتة وببدل
الصلح عن انكار ان اقر ان لا دين صورته رجل صالح عن انكار
ورهن ببدل الصلح شيئا ثم تصادقا على ان لا دين فالرهن مضمون
والاصل في هذه المسائل ما مر ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة
الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة شرى على ان يرهن شيئا
او يعطي كفيلا حال كون الرهن والكفيل معينين لثمنه متعلق
بيعطي وابى اي المشتري ان يرهن ما سماه او يعطي كفيلا صح اي
الشرا استحسانا لا قياسا لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع
لاحد المتعاقدين ولانه صفقة في صفقة وهو منهي عنه كما مر وجه

الاستحسان

وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة في الرهن للاستيثاق
وهو ملائم وجوب الحق فاذا كان الكفيل حاضرا والرهن معينا اعتبر معنى
الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد والا اعتبر عين الشرط فيفسد ولا
يجبر اي المشتري على الوفا لان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن ولا
جبر على المتبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد وتم العقد ولم يوجد
بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ان يسلم فلان
فلا يصير لازما بالوعد اولى وللبائع فسخه الا اذا سلم ثمنه حالا او
او قيمة الرهن رهنا اي اذا ابى اي المشتري ولم يجبر على الوفا جاز للبائع
للبائع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه
لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له ان يفسخ او يرضى بترك الرهن
الا اذا كان كما ذكر لحصول المقصود حينئذ اذ يد الاستيفا انما
تثبت على المعنى وهو القيمة لان الصورة امانة قال اي المشتري لبائعه
وقد اعطاه شيا غير المبيع امسك هذا حتى اعطي ثمنك كان رهنا لانه
ذكر ما يدل على الرهن لان العبرة للمعاني وفيه خلاف زفر رهن عينا
من رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن عند كل منهما لا ان نصفه
رهن لاحدهما ونصفه الاخر للاخر لان الرهن اضيف الى جميع العين
بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين وهو
لا يتجزى فصار محبوسا بكل منهما ولا يتنافى فيه كما اذا قتل واحد
جماعة فحضر اوليا المقتولين واستوفى يكون مستوفيا للنفس .:
وللباقين بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة .:
لان المقصود منها ايجاب الملك والعين الواحدة لا يتصور كونها

ملكا لكل منهما كملا فلا بد من الانقسام وهو بيا في المقصود وفي نهايتها
كل في نوبته كالعدل وحق الاخر ولو هلك ضمن كل حصته اي حصة دينه
اذ عند الهلاك يصير كل منهما مستوفيا حقه لان الاستيفا يتجزى فان
فان قضي دين احدهما فكله رهن للاخر لان جميع العين رهن في يد
كل واحد منهما بل تفرق رهنا من رجل بدين عليهما صح الرهن بكله رهنا
اي كل الرهن مسكا اي المرتهن الى قبض الكل اي كل الدين لان قبض
الرهن حصل في الكل بلا شيوع بطل حجة كل من شخصين انه رهنه
عبده وقبضه هذه مسئلة لا تعلق لها بما سبق يعني اذا اقام كل مستقلة
واحد من رجلين علي رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه
فهو باطل لان كلا منهما اثبت ببينة انه رهنه كل العبد ولا وجه كونه
للقضا لكل منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا
بهذا وكله رهنا بهذا في حالة ولا للقضا بكله لواحد لعدم الاولوية
ولا للقضا لكل منهما بالنصف للزوم الشيوع فتعين التهاتر ولو
مات راهنه والرهن معهما فبرهن كل ذلك اي بانه رهنه عبده
وقبضه كان نصفه اي نصف العبد مع كل منهما رهنا بحقه لان
حكمه في الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفا بالبيع
في الدين والشيوع لا يضره

باب رهن

يوضع عند عدل سمي به لعدالته في زعم الراهن والمرتهن وضعاه
اي الراهن والمرتهن الرهن عنده صح خلافا لمالك ولا ياخذه منه
اي الرهن من العدل احدهما لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده
وامانته وحق المرتهن به استيفا فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر

ويضمن

ويضمن اي العدل بدفعه اليه اي دفع الرهن الي احدهما لانه
مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية ولاحدهما
اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الي الاجنبي ويهلك علي المرتهن
اي ان هلك الرهن في يد العدل هلك في ضمان المرتهن لان يده يد
المرتهن وكله اي الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه اي بيع
المرتهن عند حلول الاجل صح لانه توكيل ببيع ماله فان شرط اي التو كيل
في حق الرهن لم ينعزل بالعزل وبموت الراهن والمرتهن الا بموت
الوكيل سواء كان الوكيل المرتهن او العدل او غيرهما واذا مات الوكيل
لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تجري فيها الارث ؛
ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وله اي للوكيل بيعه اي الرهن
بغيبة ورثة اي الراهن كما يبيعه حال حياته بغيبته واذا مات
المرتهن فالوكيل علي وكالته لانها لا تبطل بموتهما ولا بموت احدهما
ويجبر اي الوكيل عليه اي علي البيع ان حل الاجل والراهن غايب لئلا ؛
يتضرر المرتهن وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع فان
لج حبسه فالقاضي يبيعه عليه كوكيله بالخصومة غاب موكله حيث يجبر
عليها لدفع الضرر ولو وكل بالبيع مطلقا ثم نهاه عن النسية لم يعمل كذا
في الكافي ولا يبيعه الراهن او المرتهن الا برضا الاخر لان لكل منهما حقا
في الرهن للراهن حق الملك وللمرتهن حق الاستيفا باعه اي الرهن
العدل حتي خرج من الرهن فالثمن رهن مقامه وان لم يقبض لقيامه
مقام المقبوض فهلكه اي هلاك الثمن هلك علي المرتهن لبقا عقد الرهن في
الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون كذا قيمة عبد رهن قتل اي اذا قتل

العبد الرهن وغرم القاتل قيمته صارت رهنا بدل العبد وكذا عبد
قتله اي العبد الرهن فدفع به فانه ايضا يكون رهنا بدل العبد
المقتول فان اوفى اي ان باع العدل الرهن فاوفى ثمنه اي ثمن الرهن
المرتهن فاستحق اي الرهن ففي الهالك اي اذا هلك الرهن في يد
المشتري قد وقع فيما رأيناه من نسخ صدر الشريعة بدل المشتري
المرتهن فكانه سهو من الناسخ ضمن المستحق الراهن قيمة الرهن
لانه غاصب في حقه وصح البيع والقبض اي قبض الثمن لان الراهن
ملكه باداء الضمان او ضمن المستحق العدل القيمة لانه متعد بالبيع
والتسليم فهو اي حينئذ يكون العدل مخيرا ان شاء ضمن الراهن
قيمة الرهن لانه وكيله فيرجع عليه بما لحقه من الغرور من جهته
وصحا اي البيع والقبض لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه
فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه او ضمن المرتهن ثمنه الذي اداه اليه
اذ تبين بالاستحقاق انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملك العبد
بالضمان فهو اي ذلك الثمن له اي للعدل لانه بدل ملكه وانما اداه
الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن
راضيا قبله ان يرجع به عليه ورجع المرتهن على راهنه بدينه لان
العدل لما رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على
راهنه بدينه ضرورة وفي القائم عطف على قوله ففي الهالك اي اذا
كان الرهن قائما في يد المشتري اخذه اي المستحق من مشتريه لانه
وجد عين ماله ورجع هذا اي العدل بثمنه على لانه العاقد وحقوق
العقد تتعلق به ثم يرجع هذا اي العدل على الراهن به اي بثمنه لانه

مشتريه عليه م

الذي

الذي في العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض
المرتهن الثمن وسلم المقبوض له او يرجع العدل على المرتهن بثمنه لان
العقد لما انتقض بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمنا ووجب نقض قبضه
ضرورة ثم يرجع هو اي المرتهن على الراهن بدينه لانه اذا رجع عليه
وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به عليه وان لم
يشترط اي التوكيل في عقد الرهن عطف على قوله فان شرط بل وكل
بعده يعني ان ما ذكر من التفصيل انما يكون اذا شرط العقد فاما
لحق العدل من العهدة رجع به العدل على الراهن فقط اي لا على
المرتهن لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا
يرجع عليه كما في الوكالة المجردة عن الرهن بان وكل انسانا بان
يبيع شيئا ويقضي دينه من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع
به على القابض بخلاف الوكالة المشروطة في الرهن اذا تعلق
بها حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه وقد سلم له ذلك فجاز ان
يلزمه الضمان قبض المرتهن ثمنه اولا صورة عدم قبضه ان العدل
باع الرهن بامر الراهن وضاع الثمن في يد العدل بلا تعديه ثم
استحق المرهون فالضمان الذي يلحق العدل يرجع به على الراهن
هلك الرهن مع المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته هلك بدينه
يعني اذا استحق الرهن الهالك رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد في حقه بالتسليم او
بالقبض فان ضمن الراهن فقد هلك بدينه لانه ملكه باداء الضمان
فصح الايفاء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمته التي ضمنها وبدينه

ل

الموكل في عقد الرهن واما اذا لم يشرط فيه بل وكل الراهن بعد العقد

اما بالقيمة فلانه معزور من جهة الراهن بالتسليم واما بالدين فلانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان **باب التصرف والجناية في الرهن** وقف بيع الراهن اي اذا باع الراهن بلا اذن المرتهن والبيع موقوف لتعلق حق المرتهن به فيتوقف علي اجازته اذا اجاز المرتهن او قضى اي الراهن دينه نفذ اما الاول فلان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه واما الثاني فلان المانع من النفوذ قد زال والمقتضي وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل موجود والثمن رهن فان البيع اذا نفذ باجازة المرتهن ينتقل حقه الي بدله وان فسخ اي المرتهن عقد الرهن لم ينفسخ في الاصح لان التوقف مع المقتضي للنفاذ انما كان لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاده موقوفا واذا بقي موقوفا صبر المشتري الي فكه او رفع الامر الي القاضي ليفسخ اي القاضي العقد بحكم عجز الراهن عن التسليم باع اي الراهن الرهن من رجل ثم باع من اخر قبل الاجازة اي اجازة المرتهن وقف البيع الثاني علي اجازته ايضا اي كما وقف الاول فان الاول موقوف والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجازه اي اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني لا الاول ولو باع الراهن الرهن ثم اجره اي الرهن او رهن او وهب من غيره اي المشتري فاجازها اي هذه التصرفات من البيع وغيره المرتهن جاز الاول وهو البيع لا البواقي والفرق بين المسئلتين حيث جاز البيع الثاني بالاجازة في الاولي ولم تجز التصرفات المذكورة بعد البيع في الثانية سوى البيع مع وجود الاجازة للكل ان للمرتهن فايدة في البيع لتعلق حقه ببدله بخلاف العقود المذكورة اذ لا بدل في

صوابه عقد البيع

في الهبة والرهن وما في الاجارة بدل المنفعة لا العين وحقه في مالية
العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ
البيع وصح اعتاقه اي اعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده لانه تصرف
صدر عن الاهل ووقع في المحل فبطل الرهن لفوات محله فلو كان الراهن
موسرا طولب بدينه في الحال اذ لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول
الدين وفي المؤجل اخذ منه اي الراهن قيمته وجعلت رهنا بدله حتى يحل
الدين لتحقق سبب الضمان وفائدة في التضمين وهو حصول الاستيفا
وبحبسها الى حلول الاجل فاذا حل استوفى حقه اذا كانت من جنسه
لان للمرتهن ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه فاذا
كان فيها فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفا وان كانت اقل من
حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه ولو كان الراهن معسرا
ففي العتق سعى العبد للمرتهن في الاقل من قيمته ومن الدين اي اذا
كان القيمة اقل من الدين سعى في القيمة وان كان الدين اقل سعى
في الدين ورجع على سيده اذا صار غنيا لانه قضى دينه وهو مضطر
فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه وفي اختيه يعني التدبير والا ستيلاد
سعى كل من المدبر والمستولدة للمرتهن في كل الدين بلا رجوع على
سيده لانهما اديا من مال المولى لان كسبهما ماله واتلافه اي
اتلاف الراهن رهنه كاعتاقه غنيا اي ان كان الدين حالا اخذ منه
الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته فيكون رهنا الى حلول الاجل واجنبي
اتلفه ضمنه المرتهن فيأخذ مثله او قيمته وكان اي المأخوذ رهنا بدله
كما مر اعاره اي الرهن مرتهنه راهنه او اعاره احدهما من الراهن

والمرتهن باذن صاحبه اخر قبضه سقط ضمانه اي ضمان المرتهن حالا للمنافاة
بين يد العارية ويد الرهن وان وصلية بقي الرهن ولهذا كان للمرتهن
ان يسترده الي يده وفرع علي قوله سقط ضمانه بقوله فهلك اي الرهن مع
مستعيره اي مع راهنه ان كان هو المستعير او مع اجنبي ان كان هو المستعير
هلك بلا شي لفوات القبض المضمون ولكل منهما اي من الراهن والمرتهن رده
اي رد الرهن المستعار رهنا كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه فان مات
الراهن قبله اي قبل رده الي المرتهن في صورة الاعارة فالمرتهن احق به اي بالرهن
من سائر الغرما لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن
قطعا فان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك
واذا ابقي الرهن فاذا اخذ عاد الضمان لعود القبض فيعود بصفته
واذا اجر او وهب او باع احدهما باذن الاخر الاجنبي خرج عن الرهن
فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الي المرتهن فالمرتهن
اسوة الغرما اذ تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل بحكم
الرهن بخلاف الاعارة حيث لم يتعلق بها حق لازم فافترقا رهن عبدا
غصبه ثم اشتراه من مالكه لا ينفذ الرهن لانه توقف علي اجازة المالك
فلا ينفذ باجازة غيره ولا يسقط الدين بهلاكه لان ملك الراهن ثبت بعد
عقد الرهن بخلاف ما اذا هلك في يد المرتهن واختار المالك تضمين
الراهن لانه ملكه بالضمان من وقت الغصب فكان ملك الراهن سابقا
علي الرهن كذا في العادية مرتهن اذن باستعماله اي اذن له الراهن
بلا طلب منه فيعمل الاستعارة وان كان الرهن عارية او استعاره
اي الرهن من راهنه لعمل ان هلك اي الرهن حال العمل في صورة

العمادية

الاذن

الاذن والاستعارة لم يضمن اي المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الراهن فانتفى الضمان وفي طرفيه اي قبل العمل وبعد
الفراغ منه ضمن كالرهن اي ضمن المرتهن ضمانا كضمان الراهن وهو
معلوم وصح استعارة شيء ليرهنه لان المالك رضي بتعلق دين المستعير
بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يتعلق بذمته بالكفالة واذا صح فيرهن
المستعير بما شاء من قليل او كثير فان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا
في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة وان عين المعير
تعين بما عينه من قدر فانه اذا عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه
باكثر منه او اقل لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس
بما يتيسر اداوه وينفي النقصان ايضا لان غرض المعير ان يصير المرتهن
مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه والرهن باقل منه
يهلك الباقي امانة فلا يرجع عليه وجنس ومرتهن وبلد فان كل ذلك
مفيد لتيسر البعض بالنسبة الى البعض وتفاوت الاشخاص في
الامانة والحفظ فان خالف اي بعد ما اعتبر التقييد ان خالف المستعير
المعير ضمنه اي المستعير المعير لمخالفته ويتم الرهن لانه ملكه بالضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه او ضمن المعير المرتهن لانه ايضا متعد
فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب ورجع اي
المرتهن بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن اما رجوعه بالقيمة
فلانه مغرور من جهة الراهن واما رجوعه بالدين فلان قبضه
انتقض فعاد حقه كما كان وان وافق بان رهنه بمقدار ما امر به وهو وهلك
اي الرهن عند المرتهن استوفى اي المرتهن كل دينه لو قيمته كل الدين

او اكثر لتمام الاستيفا بالهلاك ووجب مثله اي مثل الدين للمعير على
المستعير وهو الراهن لانه قضى دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر بذلك القدر
المضمون والباقي امانة لا القيمة لانه قد وافق فليس بمتعد وبعض دينه
عطف على كل دينه اي استوفى المرتهن بعض دينه لو قيمته اقل من الدين
وباقيه اي باقي دينه على الراهن للمرتهن اذ لم يقع الاستيفا بالزيادة على
على قيمته لو افتكه المعير يعني ان المعير اذا اراد ان يقضي دين المرتهن
فيفك ملكه عن الدين ليس للمرتهن ان يمتنع عن تسليم الرهن لان المعير
غير متبرع بقضا الدين لما فيه من تخليص ملكه فصار اداوه كادا الراهن
فيجبر المرتهن على القبول ويرجع على الراهن بما ادى ان ساوى الدين
بالقيمة لانه قضى دينه وهو مضطر فيه فلا يوصف بكونه متبرعا وانما
قال ساوي لانه ان كان اكثر من القيمة يكون في الزيادة على القيمة
متبرعا فلا يرجع بذلك القدر وان كان اقل من القيمة فلا يجبر المرتهن
على تسليم الرهن ذكره تاج الشريعة هلك اي الرهن عند الراهن
قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن وان وصلية تصرف فيه من قبل
بالاستخدام او الركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق
فلا يضمن خلافا للشافعي جناية الراهن على الرهن مضمونة لانه
تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في
حق الضمان وجناية المرتهن عليها اي الرهن تسقط من دينه اي المرتهن علمح
بقدرها اي الجناية لانه اتلف ملك غيره فلزمه ضمانه واذا لزمه وكان
الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لانه ما زاد على
قدر الدين من القيمة كان امانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن

فهو

فهو بمنزلة الوديعة اذا اتلفها المودع يلزم الضمان كذا في غاية البيان
وجناية الرهن عليهما او على مالهما هدر والمراد بالجناية على النفس ما يو جب
المال بان كانت الجناية خطأ في النفس او فيما دونها واما ما يوجب القصا ص
فهو معتبر بالاجماع كذا في النهاية واما كون جنايته على الراهن
هدرا فلانها جناية المملوك على المالك وهي فيما يوجب المال هدر لانه
المستحق ولا يثبت الاستحقاق له عليه واما كون جنايته على المرتهن
هدرا فلان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير منها
لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص
عليه رهن عبدا يعدل الفا بالف موجل فصارت قيمته مائة
فقتله حر فغرم مائة وحل اجله اخذ مرتهنه المائة من حقه وسقط
باقيه وهو تسعمائة لان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين لانه
عبارة عن فتور رغبات الناس بخلاف نقصان العين فان كان باقيا
وبيد المرتهن يد الاستيفاء صار مستوفيا للكل من الابتدا ولو باعه
بامره بمائة اي باع المرتهن العبد بامر الراهن بها وقبضها رجع بما
بقي وهي تسع مائة لان الراهن اذا باعه صار كانه استرده وباعه
بنفسه فحينئذ يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفي
فكذا هنا قتله اي عبدا يعدل الفا عبد يعدل مائة فدفع به
فكاه اي الرهن بكل دينه لان العبد الباقي قائم مقام الاول فصار
كان الاول قائم وتراجع سعره جنى اي العبد المرهون يعني رهن
رجل رجلا عبدا قيمته الف درهم او اقل منه فقتل العبد قتيلا خطا
فداه مرتهنه لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله في ضمانه

الف درهم

ودينه مستغرق لرقبته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه
اصلح رهنه وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان ولم يرجع
اي على الراهن بشيء من الفدا لان العبد كله مضمون لجناية الضامن فلو وجناية المضمون
رجع على الراهن رجع الراهن عليه فلا يفيد ولا يدفعه اي ليس للمرتهن
ان يدفعه الى ولي الجناية لانه لا يملك التمليك فان ابى اي امتنع المرتهن من
الفدا دفعه الراهن او فداه فيسقط الدين اي يقال للراهن ادفع العبد
او فده بالدية فان دفع او فدى سقط دين المرتهن واخذ الراهن العبد
وبطل الرهن وان لم يكن اي الدين اكثر من قيمته اي قيمة الرهن بل يكون
متساويا او اقل منها واما اذا كان اكثر فيسقط من الدين مقدار قيمة
العبد ولا يسقط الباقي مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين
لانه قايم مقامه فان لم يكن له وصي نصب اي وصي نصبه القاضي ليبيعه
رهن الموصي بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمايه توقف على
رضى الاخر ولهم رده لانه اثر بعض الغرما بالايفا الحكمي لان موجب عقد
الرهن ثبوت يد الاستيفا للمرتهن حكما فاشبه الايثار بالايفا الحقيقي
فان قضى دينهم اي دين ساير الغرما قبل الرد اي قبل ان يرده نفذ لزوال
المانع وهو حق بقية الغرما ولو انفرد الغريم اي لم يكن للميت الا غريم
واحد جاز هذا الرهن اعتبارا بالايفا الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع
فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين [illegible] للميت على اخر
جاز لانه استيفا حكما وهو يملك ذلك وفي رهن الوصي تفصيلات تاتي
في كتاب الوصايا **فصل** رهن عصيرا قيمته عشرة بها اي بعشرة فتخمر
وتخلل وهو يساويها اي العشرة بقي رهنا بها اي بالعشرة وكان ينبغي ان

يبطل

٣٥٩

يبطل الرهن اذ بالتخمر خرج من كونه صالحا للايفاء ان لم يبق مالا متقوما وانما لم يبطل لانه بصدد ان يعود بالتخلل ولهذا اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال الصيرورة تخلا وكذا هذا او رهن شاة كذلك اي قيمتها عشرة بعشرة فماتت بلا ذبح فدبغ جلدها فساوي درهما فهو اي الجلد رهن به اي بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا صلح بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض والمنتقض لا يعود وقيل يعود البيع ايضا نماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن لتولده من ملكه ورهن مع اصله لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه ويهلك مجانا اي ان هلك هلك مجانا بلا شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لعدم دخولها تحت العقد مقصودا او ان بقي اي النماء وهلك الاصل وفك بقسطه اي افتك الراهن بقسطه بقسم الدين على قيمته اي قيمة النماء يوم الفكاك بالفتح والكسر وقيمة الاصل اي اصل الرهن يوم القبض لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا كان مقصودا كولد المبيع فانه قبل القبض لا حصة له من الثمن فاذا قبضه المشتري وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن ويسقط من الدين حصة الاصل اي ما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا ويفك النماء بحصته اي ما اصاب النماء افتكه الراهن به الزيادة تصح في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا اخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة لا الدين مثل ان يقول

الراهن اقرضني خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذي عندك
رهنا بالالف والفرق ان الاصل المقرر بينهم ان الحاق باصل العقد انما
يتصور اذا كان الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين
ليست شيا منهما اما كونها غير معقود عليه فظاهر واما كونها غير معقود به
فلوجود سببه قبل الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن
محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده رهن عبدا يساوي الفا فدفع
مثله اي عبدا يساوي الفا رهنا بدله فهو اي الاول رهن حتى يرده
الى الراهن والمرتهن امين في الثاني حتى يجعله مكان الاول لان الاول
دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عنه ما بقيا الا بنقض القبض
فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني فيه لانهما رضيا بدخول احدهما
فيه فاذا زال الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض
فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الراهن يد استيفا وضمان
فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه
امانة كما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ابرا المرتهن الراهن
عن دينه فقبله اي قبل الراهن الابرا او وهبه له فهلك الرهن في يد
المرتهن بلا مانع من صاحبه هلك مجانا استحسانا وقال زفر يضمن قيمته
للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى كذلك ما بقي
القبض وجه الاستحسان ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين
لانه ضمان استيفا وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابرا لم يبق احدهما
وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما
ولهذا لو رد الرهن سقط الضمان لعدم الدين وان بقي القبض ولو استوفاه

اي

العلة هنا الارتهان والحلول وجوب الضمان والضمان القبض وكونه في مقابلة الدين اهـ

رد ع

اي المرتهن دينه بالتمام او بعضه بايفا الراهن او متطوع او شرايه اي بالدين عينا او صالحه عنه اي بالدين على عين او احال مرتهنه بدينه على اخر فهلك في يده اي المرتهن هلك بالدين لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفا ونحوه لما تقرر ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء متعذر لعدم الفايدة لانه بعقب مطالبته مثله فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفا الاول فانتقض الاستيفا الثاني ورد ما قبض الى من ادى في صورة ايفا الراهن او المتطوع او الشرا او الصلح وبطلت الحوالة وهلك الرهن بالدين وهلك الرهن اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا كذا اي كما يهلك الرهن بالدين في الصورة المذكورة يهلك به ايضا اذا هلك بعد تصادقهما على ان لا دين لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابرا لانه يسقط به

كتاب الغصب

اورده عقيب كتاب الرهن لان في الاول حبسا شرعيا وفي الثاني حبسا غير شرعي هو لغة اخذ الشي من الغير بالتغلب متقوما اولا يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وشرعا اخذ مال هو بمنزلة الجنس متقوم احتراز عن الخمر محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم من يد مالكه بلا اذنه احتراز عن الاخذ من يد المالك باذنه واشار الى ان ازالة يد المالك معتبرة في الغصب عندنا وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الخلاف

تظهر في زوايد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست مضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد فالحاصل ان المعتبر في الغصب عندنا ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وعند الشافعي المعتبر هو الثاني فقط لا خفية احترازا عن السرقة فاستخدام العبد وتحميل الدابة اي وضع الحمل عليها غصب لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما لا الجلوس على البساط لعدم ازالة اليد بالاستيلا اذا لم يوجد منه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن اخذا من يده وحكمه الاثم لمن علم انه مال الغير ورد العين قايمة والغرم هالكة ولغيره اي لغير من علم الاخيران لانه حق الغير فلا يتوقف على علمه ولا اثم لانه خطأ وهو مرفوع بالحديث ويجب المثل في المثلي كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الاية المراد بالمثل ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت بين اجزايه يعتد به وما لا يكون كذلك فهو قيمي ثم المثلي قد يكون مصنوعا بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا وقد يكون مصنوعا بحيث لا تخرجه الصنعة عن المثلية لبقا كثرته وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير فان انقطع اي المثل فقيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب لانه الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد مثله فله ذلك

ونقصا

ونقضا القاضي ينتقل فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضا وتجب القيمة
في القيمي كالعروض والحيوانات والعددي المتفاوت يوم غصبه فانه مطالب
بالقيمة حين غصب فتعتبر قيمته عند ذلك فان ادعى اي الغاصب الهلاك
حبس حتى يعلم انه اي المغصوب لو بقي لظهر ثم قضي عليه بالبدل لان حق المالك
ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق كما اذا
ادعى المديون الافلاس برهن اي المالك انه مات عند غاصبه وقلب
الغاصب اي برهن انه مات عند مالكه فبينته اي الغاصب اولى عند
محمد لان وجوب الضمان بالغصب ثابت ظاهرا واثبات الرد عارض
والبينة لمن يدعي خلاف الظاهر وبينة المالك اولى عند ابي يوسف لان
حاصل اختلافهما في الضمان وفي بينته اثباته وهو اي الغصب انما يتحقق
فيما ينقل ويحول لما عرفت انه ازالة المال عن يد مالكه باثبات اليد عليه
ولا يمكن تحقيقه الا في المنقول لا العقار الذي لا ينقل ولا يحول فلو اخذ
عقارا وهلك في يده بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الما او غصب
دارا فهدمت بآفة سماوية او جا سيل فذهب بالبنا لم يضمن لانتفا شرطه
وهو الغصب قيل قايله عماد الدين والاستروشني في فصوليهما الاصح انه يضمن
بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة يعني اذا كان العقار وديعة عنده
فجحده كان ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الاتلاف بان شهد على رجل
بالدار ثم رجعا بعد القضا ضمنا وضمن فيهما اي العقار والمنقول ما نقص
مفعول ضمن بفعله متعلق بقوله نقص وسكناه هنا بيان الضمان في
العقار العبارة الصادرة عن المشايخ ههنا ما ذكرنا وبين شراح الهداية
وغيرهم الفعل بالهدم والسكنى بالسكنى المخصوصة وهو ان يكون مقارنة بعمل

الشهادة

نقص

يفضي الى انهدام البنا كالحدادة والقصارة حتى قال الوافي شرح قول الهداية
وغيرهم ويدخل فيما قالوا اذا انهدم الدار بسكناه وعمله انما قيد بعمله لانها
اذا انهدمت الدار بعد ما غصب وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف فظهر ان مرادهم بيان سببي النقص
الاول ما يوجبه ابتدا وهو الهدم والثاني ما يفضي اليه بالآخرة وهو السكنى
الخاصة وقد غير صاحب الوقاية هذه العبارة فقال وما نقص بفعله كسكناه
فلزم عليه ان السكنى ان قيدت بالعمل الموهن لم يبق السبب الاول اعني الهدم
نعرضه والا لزم كون السكنى المجردة عن العمل الموهن سببا للضمان وقد عرفت ان
الدار مع السكنى اذا انهدمت بآفة سماوية ليس فيها ضمان وعندي نسخة
منقولة من خط المصنف وكانت العبارة المكتوبة فيها اولا كما في الهداية
وغيرها ثم غيرها وتبعه صدر الشريعة والصواب ما يوافق الهداية وزرعه
فان الارض المغصوبة اذا انتقصت بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف
البعض او باجارة عند غصبه عطف على بفعله وبيان للضمان في المنقول
ضمن ايضا ما نقص باجارة عند غصبه فحصل له في مدة الاجارة نقص بسبب
استغلاله بخلاف المبيع يعني اذا انتقص شي من قيمة المبيع في يد البايع بفوات
وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البايع شيا لنقصانه حتى لا يسقط
شي من الثمن وان فحش النقصان وتراجع السعر اذا رد في مكان الغصب يعني
اذا رد الغاصب المغصوب الى المالك بعد نقصان السعر فان كان الرد في
مكان الغصب فلا ضمان عليه لان تراجعه بفتور الرغبات لا بفوات جز
وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى
ذلك المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان

فكان

فكان له ان يلزم الضرورة ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر ونصدق باجره عطف
على ضمن اي اذا غصب عبدا مثلا واجره واخذ اجرته فنقصه بالاستعمال
وضمن ما نقص تصدق باجر اخذه عند ابي حنيفة ومحمد واصله ان الغلة
للغاصب عندنا خلافا للشافعي لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد
هو الغاصب فهو اي الذي جعل منافع العقد مالا بعقده فكان هو اولى
ببدلها ويومران يتصدق بها لاستفادتها ببدل خبيث وهو التصرف
في مال الغير واجر مستعاره اي اذا استعار شيئا واجره واخذ اجره ملك
ويجب عليه التصدق لما ذكر وربح اي تصدق ايضا بربح حصل بالتصرف في
مودعه ومغصوبه متعينا بالاشارة او بالشراء بدراهم الوديعة او الغصب
ونقدها فان اشار اليها ونقد غيرها او الى غيرها او اطلق ونقدها لا يعني
ان المودع او الغاصب اذا تصرف في الوديعة او المغصوب وربح يتصدق
به عند ابي حنيفة ومحمد وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه كالعروض
ونحوها لان العقد يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض بطل المبيع فيتمكن
الرقبة واليد في المبيع ملك خبيث فيتصدق به اما فيما لا يتعين كالدراهم
كالدراهم والدنانير فقد ذكر في الجامع الصغير اذا اشترى بها فانه
يتصدق بالربح فظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها
ونقد منها واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او اطلق ونقد منها او
اشار الى غيرها ونقد منها ففي كل ذلك يطيب له لان الاشارة اليها لا تفيد
التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها وبه
كان يفتي الامام ابو الليث وفي الكافي قال مشايخنا لا يطيب بكل حال
ان يتناول من المشتري قبل الضمان وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال

٣٣٦

وهو المختار لاطلاق في الجامعين والمضاربة اجره اي الغاصب فاجاز
مالكه في المدة فعند ابي يوسف اجر ما مضى قبل الاجازة وما بقي لمالكه لان
الغاصب فضولي في حقه وعند محمد اجر ما مضى لغاصبه لان العاقد وما
بقي لمالكه لانه فضولي في حق مالكه كذا اي على هذا الخلاف لو اجره فانحق
في المدة واجاز المستحق لانه كالمالك غصب اي رجل مالا وغيره اي المغصوب
احترازا عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او الرطب
تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه فزال اسمه فعات
اعظم منافعه احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالكها
لم يزل بالذبح المجرد اذا لم يزل اسمها حيث يقال شاة مذبوحة
ولم يقل واعظم منافعه لان من قال قصد تناول الحنطة اذا غصبها
وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها
يزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه
او اختلط اي المغصوب بملك الغاصب ولم يتميز اصلا لاختلاط بره
ببره او شعيره بشعيره او لم يتميز الا بحرج كاختلاط بر بشعيره او
بالعكس ضمنه اي الغاصب المغصوب وملكه اي الضمان في صورة
التغير وزوال الاسم فلكونه متعديا واما الملك فلانه احدث صنعة
متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذا قيمة الحنطة
تزداد بجعلها دقيقا واحد اصر حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل
الاسم وفات اعظم المنافع وحق الغاصب في الصنعة قايم من كل وجه
فيكون راجحا على الهالك من وجه على ما تقرر في الاصول ان صرحي
الترجيح اذا تعارضا كان الرجحان في الذات احق منه في الحال واما الضمان

في

في الاختلاط فلكونه منعدما بافيه ايضا واما الملك فلئلا يجتمع البدلان في
ملك المغصوب منه بالاحل متعلق بملكه قبل الرضا اي رضا المالك اما باداء
بدله او ابرائه او تضمين القاضي وهذا استحسان والقياس الحل لان
الملك يثبت بكسبه والملك مجوز للتصرف بلا توقف رضا غيره ولهذا لو
وهبه او باعه صح وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم في الشاة المذبوحة
المصلية بلا رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال
ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الرضا ولان في اباحة الانتفاع
فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته
مع الحرمة لقيام الملك في البيع الفاسد كذبح شاة وطبخها او شيها وطحن
بر او زرعه وجعل حديد سيفا والبنا على ساجة وهي شجر عظيم جدا
ولا ينبت الا ببلاد الهند وان ضرب الحجرين درهما او دينارا او انا فلا لكه
بلا شي لان العين باقية من كل وجه ومعناه الثمنية وكونه موزونا او هما الاصلي
باقيان حتى يجري فيه الربا باعتبارهما ذبح شاة غيره طرحها اي فلك
الغير شاته عليه اي الذابح واخذ قيمتها او اخذها اي الشاة المذبوحة
يعني ان المالك مخير ان شا ضمنه قيمتها وسلم الشاة اليه وان شا اخذها وضمن
نقصانها لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل والدر والنسل
وبقا بعضها وهو اللحم وان كانت الدابة غير ماكول فقطع الغاصب طرفها
يضمنه المالك جميع قيمتها لوجود الاستهلاك كذا لو خرق ثوبا وفوت
بعضه وبعض نفعه يعني ان المالك مخير فيه ان شا ضمن الغاصب كل
قيمة الثوب للغاصب وان شا اخذ الثوب وضمنه النقصان لما ذكر
ولو فوت كله ضمن اي الغاصب كلها اي كل القيمة وفي خرق يسير نقصه

نقصه بلا تفويت شيء منه ضمن ما نقص واخذ رب الثوب ثوبه لان العين
قائم من كل وجه بنى على ارض غيره ضمن ما نقص او غرس قلعا اي البنا والغرس وردت
لان الارض لا تغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان والغاصب جعلها مشغولة
فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه وللمالك اي الارض ان يضمن له
اي للباني والغارس قيمتها اي قيمة البنا والغرس ان نقصتا اي الارض به اي البنا
والغرس وبين طريق معرفة قيمتهما بقوله فتقوم الارض بدونهما اي بدون البنا
والغرس ومع احدهما حال كونه مستحق القلع فيضمن الفضل فان قيمة الشجر والبنا
المستحق القلع اقل من قيمته مقلوعا فقيمة المقلوع اذا نقصت منها اجرة القلع
كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر
المقلوع عشرة واجرة القلع درهم بقي تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر
تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة هذا اذا كانت قيمة الساحة
اكثر من قيمة البنا والغرس واذا عكس فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة
فياخذها اي الساحة كذا في النهاية حمر الثوب الذي غصبه او صفر او لت
السويق الذي غصبه بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه اي الثوب حال كونه
ابيض يعني اخذ منه قيمة ثوب ابيض ومثل سويقه وسلمه اي الغاصب لانه
من المثليات او اخذهما اي الثوب والسويق وضمن ما زاد الصبغ والسمن
لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا يسقط حرمة ماله
معنى ما
وتجب صيانتهما ما امكن وذا في ايصال احدهما اليه وابقاء حق الاخر في عين
ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب
اصل والغاصب صاحب وصف وان سود اي الغاصب ضمنه اي المالك ابيض
او اخذه ولا شيء للغاصب من اجل التسويد لانه نقص فصل غيب اي

الغاصب

٣٣٩

الغاصب ما غصب وضمن قيمته ملكه اي الغاصب ملكا مستندا الي
وقت الغصب وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب تعد محض فلا يكون
موجبا للملك لانه حكم شرع فيستدعي اسباب شرعا ولنا ان المالك
ملك بدل المغصوب بكماله اي رقبة ويدا فوجب ان يخرج المغصوب
عن ملكه الى الغاصب والا لزم ثبوت الملك بلا مالك وصدق اي الغا
في قيمته اي المغصوب بيمينه ان لم يبرهن المالك للزيادة يعني اذا ادعي
المالك زيادة قيمة المغصوب وانكرها الغاصب فان برهن المالك
قبل والا صدق الغاصب بيمينه في نفي الزيادة كما في ساير الدعاوي
فان ظهر اي المغصوب وهي اي القيمة اكثر مما ضمن الغاصب وقد ضمن
بقوله مع يمينه اخذه اي المغصوب المالك ورد عوضه او امضى اي المالك
الضمان لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادعي الزيادة وانما اخذ دونها لعدم
البينة ولو ضمن الغاصب بقول مالكه او حجته اي حجة مالكه او نكول
الغاصب فهو اي للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضي بالمبادلة بهذا
القدر حيث ادعي هذا اللفظ فقد نفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه
لا اعتاقه كذلك اي اذا ضمن بعد الاعتاق لان الملك الثابت للغصب
ناقص لثبوته مستندا والثابت مستندا ثابت من وجه دون وجه
والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع دون العتق زوايد المغصوب مطلقا
اي سواء كانت متصلة كالسمن والحسن او منفصلة كالولد والثمرة
لا تضمن الا بالتعدي او المنع بعد الطلب لانها امانة وحكمها هذا
وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها اي اذا ولدت
الجارية المغصوبة ولدا كان النقصان مضمونا على الغاصب والا فيه ط

لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ووجبا اي الغاصب في ملك ح

وفقه الله تعالى

بجنايته زنى بامة غصبها فحبلت فردت حاملا فولدت فماتت ضمن
قيمتها لانه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب
التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب
فقتلت بها او دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب
كذا هذا بخلاف الحرة يعني اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت فماتت في
في نفاسها فانها لا تضمن بالغصب ليبقى عند فساد الرد ضمان الاخذ
زنى بها اي بامة غصبها واستولدها اي حبلت منه وادعى ثبت
النسب بعد ارضا المالك لان التضمين ممن له الحق التضمين او ردت
بشبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت له غير امرأته والولد رقيق لان
الحرية لا تثبت بالحرية بالشبهة كذا في الكافي المنافع كركوب الدابة
وسكنى الدار واستخدام المملوك لا تضمن بالغصب والاتلاف صورة
غصب المنافع ان يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم
يرده على سيده كذا في بل يضمن ما نقص باستعماله فيغرم النقصان
الا ان يكون اي المغصوب استثناء من قوله لا تضمن وقفا او مال يتيم فانها
فانها منافعها تضمن كذا في العمادية وغيرها ولا يضمن ايضا خمر المسلم وخنزيره
بان اسلم ذمي وفي يده الخمر والخنزير فاتلفهما آخر لانهما ليسا بمال في حق المسلم
بخلاف ما الذمي من الخمر والخنزير حيث يضمنان بالاتلاف لانهما مال في
حقه غصب خمر مسلم فخللها بغير متقوم كالنقل من الظل الى الشمس
ومنها اليه او جلد ميتة فدبغه بما اي بغير متقوم كالتراب والشمس
اخذها المالك مجانا اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة
اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب ولو اتلفهما ضمن لانه ملكه

الغير

الغير ولو خللها بمتقوم كالملح ملكه اى الغاصب الخل ولا شئ للمالك
عليه اى الغاصب لان الخمر لم يكن متقوما والملح مثلا متقوم فيرجح
جانب الغاصب فيكون له بغير شئ ولو دبغ به اى بمتقوم كالقرض
والعفص ونحوهما الجلد اخذه المالك ورد ما زاد الدبغ اذ بهذه
الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب
فيرجح جانب الغاصب ولو اتلفه لا يضمن لانه لم يتلف مال
الغير ضمن بكسر معزف وهو آلة اللهو كبربط ومزمار ودف
وطبل وطنبور قيمته صالحا لغير اللهو ففي الطنبور يضمن الخشب
المنحوت ونحوه الباقي ويضمن باراقة سكر ومنصف
وقد مر معناهما في كتاب الاشربة قيمتها لا المثل لان
المسلم ممنوع عن تملك عينهما ولو كان فعل جاز وان
اتلف صليب نصراني ضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقه
وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له ويصح بيعها اى بيع هذه
المذكورات وقالا لا يضمن ولا يصح بيعها وقيل الخلاف في
الدف والطبل الذين يضربان للهو فاما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس فيضمنهما بالاتلاف بلا خلاف
لهما ان هذه الاشيا اتخذت للمعصية فيبطل تقومها
كالخمر وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه
الانتفاع وان صلحت لما لا يحل ايضا وصارت كالامة
المغنية ونحوها كالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك
المقاتل والعبد الخصي حيث يجب فيها القيمة غير صالحة
لهذه الامور والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس كذا في الكافي

حل قيد عبد الغير او حل رباط دابته او فتح اصطبلها اى الدابة او فتح قفص طاير فذهبت هذه المذكورات وفى الدابة والقفص خلاف محمد او سعى الى سلطان بمن يوذيه ولا يدفع ايذاوه بلا رفع اليه او سعى اليه بمن يفسق ولا يمتنع عن الفسق بنهيه اى نهى الساعى او قال عند سلطان قد يغرم وقد لا يغرم بمتول القول قوله انه وجد مالا فغرمه لا يضمن فى هذه الصور لانتفا التسبيب وتخلل فعل فاعل مختار ولو غرم قطعا يضمن لوجود التسبيب كذا اى ليضمن الساعى لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له عن السعاية وبه يفتى امر عبد غيره بالاباق او قال اقتل نفسك ففعل اى ابق او قتل نفسه وجب عليه اى على الامر قيمته ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلفه لا يضمن لانه بامره بالقتل او الاباق صار غاصبا لانه استعمله فى ذلك الفعل اما بالامر باتلاف مال المولى فلا يصير غاصبا ماله وانما يصير غاصبا للعبد والعبد المغصوب قائم لم يهلك وانما التلف بفعل العبد كذا فى العمادية استعمل عبد الغير لنفسه كان يقول له ارتق هذه الشجرة وانثر الثمرة لتاكل انت وانا وان لم يعلم انه عبدا وقال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك لانه استعمله فى منفعته ولو استعمله لغيره كان يقول ارتق الشجرة وانثر الثمرة لتاكل انت لا اى لا يضمن لانه لا يصير به غاصبا كذا فى العمادية

كتاب الاكراه

وجه المناسبة بينه وبين كتاب الغصب ظاهر هو لغة حمل الفاعل على امر يكرهه وشرعا حمل الغير على فعل اعم من اللفظ وعمل ساير الجوارح بما يتعلق بالحمل وهو اعم من القتل واتلاف العضو والحبس والضرب والقيد بعدم رضاه به اى رضا الغير بذلك الفعل لا اختياره اى لا بانعدام اختياره لكنه اى بعدم الرضا قد يفسد اى الاختيار وقد لا اى لا يفسد فالحاصل ان عدم الرضا معتبر فى جميع الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكنه فى بعض الصور يفسد الاختيار

الساعي الى السلطان بغير حق يضمن

وفى بعضها

وفي بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور في جميع كتب الاصول والفروع
حتى قال صدر الشريعة في التنقيح وهو اما ملجي بان يكون يفوت النفس
او العضو وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار واما غير ملجي
بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد
للاختيار فلا يصح ما قال في الوقاية هو فعل يوقعه بغيره فيفوت
به رضاه او يفسد اختياره فانه فيه جعل قسم التي قسما له كما لا يخفى
على من يعرف القسم والقسيم والعجب ان صدر الشريعة بعينه ما
صار كما قال فيه ذلك قال في شرح الوقاية ثم الاكراه نوعان احدهما
ان يكون معدما للرضا وهو ان يكون بالحبس او الضرب والثاني ان يكون
مفسد اللاختيار وهو ان يكون بالقتل او قطع العضو ففوت الرضا
امر من فساد الاختيار ففي الحبس او الضرب يفوت الرضا ولكن
الاختيار الصحيح باق وفي القتل لا رضا ولكن لا اختيار على صحيح
بل اختيار فاسد ثم قال وتحقيقه الى اخر ما قال والشجرة تنبئ عن
الثمرة مع بقا اهليته وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره
مبتلي والابتلا يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر
ورخصة ويأثم مرة ويوجر اخرى وهو دليل الخطاب وبقا الاهلية
وشرطه اربعة امور الاول قدرة الحامل على تحقيق ما هدد به سلطانا
او غيره يعني لصا او نحوه هذا عندهما وعنده لا يتحقق الا من سلطان
لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان في زمانه لم يكن لغير السلطان
من القوة ما يتحقق به الاكراه فاجاب بنا على ما شاهد في زمانهما

ظهر الفساد وصار الامر الاكل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل والفتوى
على قولهما كذا في الخلاصة والثاني خوف الفاعل وقوعه اي وقوع ما هدد به
الحامل بان يغلب على ظنه انه يفعل ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل
والمباشرة والثالث كونه اي الفاعل ممتنعا عما اكره عليه لحق ما اي
لحق بنفسه كبيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده او لحق شخص اخر
كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما والرابع كون المكره به
متلف نفس او عضو او موجب غم يعدم الرضا وهذا ادنى مراتبه وهو ايضا
متفاوت بحسب الاشخاص كما سياتي وهو اي الاكراه اما ملجي يفسد الاختيار
لو كان باتلاف نفس او عضو واما غير ملجي لا يفسده لو بحبس او قيد مديد
او ضرب شديد في المبسوط الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام به
وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجيء منه الالم الشديد وليس في ذلك حد
لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالراي والكن على قدر راي
الحاكم اذا رفع اليه بخلاف حبس يوم او قيده اي قيد يوم او ضرب
غير شديد فانه لا يكون اكراها اذ لا يبالي بمثل عادة فلا يعدم
الرضي الا لذي جاه يعني انها تكون اكراها لرجل له جاه وعز فلان
ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت به الرضا
فبالاول يعني الملجي رخص اكل ميتة ودم ولحم خنزير وشرب خمر
لان حرمة هذه الاشيا مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة
مقبلة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة
الضروره والاستثنا تكلم بالباقي الثنيا والاضطرار يحصل بالاكراه بعده
الملجي وبالصبر على القتل اثم في هذه الصور كما في المحيط لانه
لما

لما ابيح كان بالامتناع معاونا الغير على اهلاك نفسه ورخص ايضا
تلفظ كلمة الكفر وقلبه مطمئن بالايمان لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه
حيث ابتلي به وقال له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال
مطمئنا بالايمان فقال صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد وفيه نزل قوله
تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية وبالصبر عليه اي القتل
في هذه الصورة اجرا اي صار ماجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى
قتل لان خبيبا رضي الله تعالى عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي
صلى الله عليه وسلم سيد الشهدا ورخص ايضا اتلاف مال مسلم لان
اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما في المخمصة وقد تحققت ولكن
صاحب المال ضمن الحامل لان الفاعل آلة للحامل فيما يصلح آلة له
والاتلاف من هذا القبيل بان يلقيه عليه فيقتله لا قتله عطف على اتلاف
اي لا يرخص قتل مسلم بل يصبر على ان يقتل فان قتله كان اثما لان قتل المسلم
لا يستباح لضرورة ما الا ان يعلم انه لو لم يقتله فقتله ويقاد في العمد الحامل
فقط عند ح ومحمد رحمهما الله لان الفاعل يصير آلة له وقال س لا يقاد واحد منهما
للشبهة وقال زفر يقاد الفاعل لانه مباشر وقال الشافعي يقاد كل منهما الفاعل
بالمباشرة والحامل بالتسبب ولا يرخص بالاول زنى الرجل لانه كالقتل
لان ولد الزاني هالك حكما لعدم من يربيه فلا يستباح لضرورة ما
كالقتل ولكن لا يحد استحسانا لان انتشار الالة دليل الطواعية
اذ قد يكون طبعا كما في النايم وبالثاني عطف على بالاول يعني باكراه غير
ملجي لا اي لا يرخص الامور المذكورة لكنه اي الثاني من الاكراه اسقط
الحد في زناها لانها وان لم تكن مكرهة فلا اقل من الشبهة كذا في الحا

لغوهم

على ذلك ح

يعني اذا لم يرخص زناه بالملجي كان مقتضى القياس ان يحد لان ح

لا زناه اي لم يسقط الحد في زناه لان الاكراه الملجي لم يكن رخصة في حقه كما كان
في حق المراة حتى يكون على الملجي شبهة لينذري الحد تصرفات المكره قولا يعني
ان الاصل ان التصرفات القولية للمكره سوى كان مكرها بالملجي او بغيره ينعقد
عندنا كما في البيوع الفاسدة وما يحتمل الفسخ يفسخ اي فسخ المكره
وما لا يحتمله فلا يفسخ الاول وهو ما يحتمل الفسخ كبيعه وشرائه واجارته
[illegible] وبرائته مديونه وكفيله وهبته فانه اذا اكره على واحد منهما باحد
نوعي الاكراه خير الفاعل بعد زوال الاكراه ان شا امضاه وان شا فسخ لان الاكراه
مطلقا يعدم الرضا والرضا شرط صحة هذه العقود فتفسد بفواته واقراره
فانه خبر يحتمل الصدق والكذب وانما صار حجة لرجحان جانب الصدق والاكراه
على كذبه فيما يقر به قاصدا الي دفع الشر عن نفسه ويملكه اي المبيع بالاكراه
المشتري ان قبض كما في ساير البيوع الفاسدة فيصح اعتاقه اي اعتاق المشتري
لكونه ملكه ولزمه اي المشتري قيمته لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد فان
قبض اي البايع المكره الثمن او سلم المبيع طوعا قيد للمذكورين نفذ البيع
لوجود الرضا وان قبضه اي الثمن مكرها لا اي لا ينفذ لعدم الرضا ورده
اي رد البايع الثمن الذي قبضه مكرها ان بقي في يده ولم يضمن ان هلك لان
الثمن كان امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض اذا كان باذن
المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه له لكونه مكرها
على قبضه فكان امانة كذا في الكافي بخلاف ما اذا اكره على الهبة بلا ذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون فاسدا اي يوجد الملك بعد القبض كالهبة
الصحيحة بناء على اصلنا ان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع والاكراه على
البيع ليس اكراها على التسليم هلك المبيع في يد مشتر غير مكره والبايع مكره ضمن

اي المشتري قيمته للبايع لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا
عليه كما مر وله اي للبايع ان يضمن ايا شا من الحامل والمشتري كالغاصب في اعتاق المشتري
وغاصب الغاصب فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب
فان ضمن الحامل رجع على المشتري بقيمته لانه قام مقام البايع باداء الضمان
لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الغصب وان
ضمن احد المشتريين وقد تداولته الايدي نفذ كل شرا كان بعده اي
بعد شرايه لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه ولا ينفذ
ما كان قبله لان استناد ملك المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما لو اجاز
المالك المكره عقدا منها حيث ينفذ ما كان قبله وبعده لان المانع من
النفاذ حقه فيعود الكل جايزا والثاني وهو ما لا يحتمل الفسخ كنكاح وطلاق
واعتاق وساير ما سياتي فان هذه العقود تصح عندنا مع الاكراه قياسا على صحتها
مع الهزل وعند الشافعي لا يصح ورجع اي الفاعل على الحامل بنصف المسمى في الطلاق
ان لم يطا وكان المهر مسمى في العقد وان لم يسم فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة
لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد
وتقبيل ابن الزوج وقد تاكد ذلك بالطلاق فكان تقرير المال من هذا الوجه
فيضاف تقريره الى الحامل والتقرير كالايجاب فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تقرر ههنا بالدخول لا بالطلاق ورجع الفاعل على الحامل
بقيمة العبد في الاعتاق لانه صلح الة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف
اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا لكونه ضمان اتلاف كما مر ولا
يرجع الحامل على العبد بالضمان لانه مواخذ باتلافه وتدبره فانه اذا
اكره على التدبير صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو

هي اللاتي هزلهن جد فلا يرجع على الحامل بما لزمه اذ لا مطالبة له في الدنيا
ويمينه وظهاره حيث لا يعمل فيها الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ
ورجعته وايلاؤه وفيئه فيه اي في الايلا باللسان بان يقول فئت
اليها فانها لما صحت مع الهزل صحت مع الاكراه ايضا واسلامه
فانه اذا اكره عليه صار مسلما اذ وجد احد الركنين قطعا وفي
الاخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا بلا قتل لو رجع
يعني اذا اسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل لتمكن الشبهة لاحتمال
عدم الاسلام منه اذ بعد افيكون كفره اصليا فلا يكون مرتدا
ولا يعتبر ردته لانها تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى
ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على عدم تغير
الاعتقاد فلا تبين منه لعدم الحكم بالردة صادره السلطان
اي طلب منه مالا بالكره ولم يعين بيع ماله اي لم يقل بع مالك
واعطني ثمنه فباعه صح اي ذلك البيع لعدم الاكراه بالنظر اليه
كذا في الخلاصة خوفها الزوج بالضرب حتى وهبت مهرها
لم يصح الهبة ان قدر اي الزوج على الضرب لوجود الاكراه
كتاب الحجر هو لغة المنع مطلقا وشرعا منع نفاذ التصرف
القولي خصه بالذكر لان الحجر لا يتحقق في افعال الجوارح وسره
ان اثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج بل امر يعتبره الشرع
كالبيع ونحوه فاذا لم يوجد في الخارج جاز ان يعتبر عدمه بخلاف
التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح فانه لما كان موجودا خارجيا
لم يتجرد عدمه كالقتل واتلاف المال والاكل بسببه الصغر

كتاب الحجر

اعسار ح

بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان كعديم العقل وان كان
مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له الولي صح
تصرفه لترجح جانب المصلحة والجنون فان عدم الافاقة
كان عديم العقل لصبي غير مميز وان وجدت في بعض الاوقات
كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلف
في تفسيره واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام
فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون والرق
فان الرقيق لا اهلية في نفسه لكنه محجور عليه رعاية لحق المولى كيلا
تبطل منافع عبيده باجارة نفسه لا نحو ولا يملك رقبته بتعلق
الدين به لكن المولى اذا اذن رضي بفوات حقه فلم يصح طلاق صبي ومجنون
مغلوب اما المجنون فلعدم عقله واما الصبي فغير العاقل كالمجنون
والعاقل لا يقف على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف
للولي على عدم التوافق باعتبار بلوغ حد الشهوة ولذا لا يتوقفان
على اجازته ولا ينفذ ان بمباشرته ولم يصح اعتاقهما لتمحضه في الضرر
ولا اقرارهما لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق
والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فامكن رده
فيرد نظرا اليهما وصح طلاق العبد لانه اهل ويعرف وجه المصلحة
فيه وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ واقراره
في حق نفسه لقيام اهليته لا في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما اتلاف ماله فان
اقر بمال اخر الى عتقه لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال

لقيام المانع هذا اذا اقر لغير المولي بمال واما اذا اقر له به فلا يلزمه شي بعد
عتقه لما تقرر ان المولي لا يستوجب علي عبده مالا ولو اقر بحد او قود عجل
ولم يؤخر الي عتقه لانه مبقي علي اصل الحريه في حق الدم ولهذا لم يصح اقرار
المولي عليه فيهما اي الحد والقود اذا عقد منهم اي المحجورين من يعقله
اي يعقل العقد بان البيع سالب للملك والشرا جالب له احترز بهعن
المجنون المغلوب والصبي الغير المميز خير وليه بين الفسخ والامضا واراد
بالعقد ما دار بين النفع والضرر بخلاف الاتهاب بحيث يصح بلا اذن
الولي وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لا يصحان وان اذن المولي وان
اتلفوا اي المحجورون سوا عقلوا او لا شيا ضمنوا لما مر انه لا حجر في افعال
الجوارح لان اعتبار الفعل لا يتوقف علي القصد فان النايم اذا انقلب علي مال
انسان واتلفه ضمن وان عدم القصد لاكنه لا يخاطب بالادا الا عند
القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا ايسر وكالنايم لا يومر بالادا الا
اذا استيقظ لا يحجر حر مكلف بسفه هو خفة تعتري الانسان فتحمله
علي العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب
في عرف الفقها علي تبذير المال واسرافه علي خلاف مقتضي الشرع
او العقل وفسق ودين عنده وعندهما وعند الشافعي يحجر علي السفيه
واذا طلب غرما المفلس الحجر عليه حجره القاضي ومنعه من البيع والاقرار
وعندهما وعند الشافعي يحجر علي الفاسق زجرا له بل مفت ماجن هو
الذي يعلم الناس الحيل وطبيب جاهل ومكار مفلس هو الذي يكاري
الدابه وياخذ الكرا فاذا جا اوان السفر لا دابة له فانقطع المكتري عن
الرفقه فان في حجر كل منهما دفع ضرر العامه فالمفتي الماجن يفسد علي

٣٥١

علي الناس دينهم والطبيب الجاهل ابدانهم والكاري المفلس يتلف اموالهم
فان دابته اذا ماتت في الطريق وليس له اخري ولا يمكنه شرا اخري
ولا الاستيجار منودي الي اتلاف اموال الناس بمعني المنع عن التصرف
حسا قال في البدايع ليس المراد به حقيقة الحجر وهو المعني الشرعي
الذي يمنع نفوذ التصرف الا تري ان المفتي لو افتي بعد الحجر واصاب
في الفتوي جاز ولو افتي قبل الحجر واخطا لم يجز وكذا الطبيب لو باع الادويه
بعد الحجر نفذ بيعه فدل علي انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المنع الحسي اي يمنع
هولا الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي
عن المنكر بلغ الصبي غير رشيد الرشد عندنا هو الرشد في المال فاذا بلغ
مصلحا لماله لا يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعي في الدين ايضا لم يسلم اليه
ماله حتي يبلغ خمسا وعشرين سنة لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال
ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين ولو صلحه صح تصرفه قبلها
اي لو تصرف في ماله قبل ذلك نفذ وبعده اي بعد بلوغه خمسا
وعشرين سنة يسلم ماله اليه ولو بلا رشد وقالا لا يدفع حتي يونس رشده
ولا يجوز تصرفه فيه يحبس القاضي المديون ليبيع ماله لدينه لان قضي الدين
واجب عليه والمماطله ظلم فيحبسه الحاكم دفعا للظلم وايصالا للحق الا مستحقه
وقضي اي القاضي بلا امره اي امر المديون دراهم دينه من دراهمه لان للداين ان ياخذه
بيده اذا ظفر بجنس حقه بلا رضي المديون فكان للقاضي ان يعينه وباع دنا
نيره لدراهم دينه وبالعكس والقياس ان لا يجوز كالا مريض لان الدراهم والدنا
نير متخالفان وجاز استحسانا ووجهه انهما متحدان جنسا في الثمنيه والماليه
حتي يضم احدهما الي الاخر في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما اما الاول

٣٥٢

فظاهر واما الثاني فعدم جريان ربوا الفضل بينهما لاختلافهما فبالنظر الي الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الي الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين لا اي لا يبيع القاضي عرضا ان ينظر لغرمايه علي وجه لحقهم فيه الضرر واما النقود فوسايل لان المقصود فيهما المالية لا العين فافترقا افلس ومعه عرض شراه فقبض بالاذن اي اذن بايعه فبايعه اسوة للغرما وان كان قبل القبض فللبايع ان يحبس المتاع حتي يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن حجر قاض ورفع الي قاض اخر فاطلقه الثاني جاز اطلاقه وما صنع المحجور في ماله من بيع او شرا قبل اطلاق الثاني وبعده كان جايزا لان حجر الاول مجتهد فيه فيتوقف علي امضا قاض اخر كذا في الخانية فصل بلوغ الصبي بالاحتلام والاحبال والانزال وبلوغ الصبية بالاحتلام والحيض والحبل الاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل واحد علامة علي البلوغ والا اي وان لم يوجد شيا منها فحتي اي لا يحكم بالبلوغ حتي يتم له اي للصبي ثماني عشرة سنة ولها اي للصبية سبع عشرة سنة عنده رحمه الله تعالى لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبي واشد الصبي علي ما قاله ابن عباس القتبي ثماني عشرة سنة وقيل اثنا وعشرون وقيل خمس وعشرون واقل ما قالوا هو الاول فوجب ان يدار الحكم عليه للاحتياط الا ان الجارية اسرع ادراكا عن الغلام فنقص سنة منهن لاشتمالها علي الفصول الاربعة

التي

هاهنا ... [illegible] ... القاضي ... [illegible]

التي توافق المزاج وقالا فيهما بتمام خمس عشرة سنة وهو رواية عن الامام وبه يفتي للعادة الغالبة اذ العلامات تظهر في هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة في حق من لم يظهر له العلامة وادنى مدته اي البلوغ له اثنتا عشرة سنة ولها تسع سنين اذ قد يحصل لهما في هذا السن علامة البلوغ فان راهقا اي قربا الى البلوغ بان بلغا هذا السن واقرا بالبلوغ كانا كالبالغ حكما لان البلوغ لما كان حاصلا في هذا السن ولو نادرا وكان مما يعرف منهما كالحيض قبل اقرارهما به ضرورة

كتاب المأذون

الاذن لغة الاعلام وشرعا فك الحجر مطلقا وهو نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق اي حق المولى فان الاصل في الانسان كونه مالكا للتصرفات فمنع حق المولى بعروض الرق صار مانعا لمالكيته لها فاذا اسقط حقه يعود الممنوع فيتصرف اي اذا كان اذن العبد فك الحجر واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته فلا يرجع الوكيل بالعهدة على مولاه فانه اذا اشترى شيا لا يطلب الثمن من المولى لانه ... لنفسه والوكيل يطلبه من الموكل ولا يتوقت يعني اذا اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا الى ان يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقف ولا يتخصص بنوع فان اذن بنوع عم اذنه الانواع وكذا اذا قال اقعد صباغا فانه اذن بشرا ما لا بد منه في هذا العمل وكذا اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا بخلاف ما اذا اذن بشرا شي معين لانه استخدام لا اذن ويثبت اي الاذن دلالة اذا رأى المولى يبيع (و) سكت اي المولى فيكون اذنا له في التجارة دفعا

عبده ملك الاجنبي احترازا عما اذا رآه يبيع ملك مولاه فانه اذا رأى عبده يبيع ملكا من اعيان المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا كذا في الخانية وشرح ما اراده صح

للضرر ولا يكون اذنا له في بيع ذلك الشي او شرايه كذا في الاسر وشتي ويثبت ايضا صريحا فلو اذن للعبد مطلقا بان يقول مولاه اذنت لك في التجارة صح كل تجارة منه لان التجارة اسم عام يتناول الانواع فيبيع ويشتري ولو بغبن فاحش خلافا لهما وبالغبن اليسير جاز اتفاقا لتعذر الاحتراز عنه لهما ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى الخلاف الصبي الماذون ويوكل بهما لانه قد لا يتفرغ بنفسه ويرهن ويرتهن ويتقبل الارض اي ياخذها قبالة بالاستيجار والمساقاة وياخذها مزارعة ويشتري بذرا يزرعه ويستاجر اجيرا مشاهرة او مسانهة ويوجر نفسه ويضارب اي يدفع المال مضاربة وياخذه ويشارك عنانا لانها من صنيع التجار ويقر بدين لان الاقرار به من توابع التجارة اذ لو لم يصح لم يعامله احد لغير زوج وولد ووالد فان الاقرار لهم بالدين باطل عنده خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل منهم ذكره الزيلعي ويقر ايضا بغصب ووديعة لان الاقرار بهما ايضا من توابع التجارة اما الثاني فظاهر واما الاول فلان ضمان الغصب ضمان معاوضة لانه يملك المغصوب بالضمان ويهدي طعاما يسيرا تحقيقا لمعنى الاذن ويضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب اهل حرفته ويحط من الثمن بعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتدا

بخلاف الحط بالعيب لانه تبرع محض وباذن لعبده ذكره
الزيلعي ولا يتزوج الا باذن المولى لان الاذن بالتجارة ليس اذنا له
ولا يتسرى وان اذن له كذا في تحفة الفقها وفي التلويح في بيان العوارض
على الاهلية ولا يزوج رقيقه ولا يكاتب لانهما ليسا من التجارة
ولا يعتق لانه فوق الكتابة مطلقا اي على مال او لا ولا يقرض ولا يهب لانه
كالهبة ولا يكفل لكونه ضررا محضا مطلقا اي لا بالنفس ولا بالمال
دين وجب بتجارة مبتدا خبره قوله الاتي يتعلق برقبته او بما هو
في معناها كبيع وشرا واجارة واستيجار وغرم وديعة وغصب وامانة
جحدها وعقر وجب بوطي مشتريه بعد الاستحقاق يتعلق برقبته
لانه دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك
والمهر ونفقة الزوجة يباع فيه ان حضر مولاه قال في الهداية
يباع للغرما الا ان يفديه المولى وقال شراحه هذا اشارة الى
ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفدا من الغايب
غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع
الا بحضرته او بحضرة نايبه بخلاف بيع الكسب فانه لا
يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه ويقسم ثمنه
بالحصص ويتعلق بكسبه مطلقا اي سوا حصل قبل الدين
او بعده ويتعلق بما اتهب وان لم يحضر اي مولاه هذا
قيد للكسب والاتهاب ولا تنافي بين تعلقه بالكسب وتعلقه
بالرقبة فيتعلق بهما ولكن يبدا اولا استيفا من الكسب لامكان
توفير حق الغرما مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب

ولا يقرض لانه تبرع
ابتدا ولا يهب لانه تبرع
محض مطلقا اي بعوض
او لا صح

ليستوفي من الرقبة كذا في الكافي لا اي لا يتعلق الدين بما اخذه منه
مولاه قبل الدين لوجود شرط الخلوص له ويطالب بباقيه بعد
عتقه لتقرر الدين في ذمته وعدم وفا الرقبة ولا يباع ثانيا لان
المشتري يمتنع عن شرايه فيودي الى امتناع البيع بالكلية ليتضرر
الغرما وللمولاه اخذ غلة مثله بوجود دينه وما زاد للغرماء
يعني لو كان المولى ياخذ من العبد كل شهر عشره دراهم مثلا
قبل لحوق الدين كان له ان ياخذها بعد لحوقه استحسانا
والقياس ان لا ياخذ لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب
وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرما لان حقهم يتعلق بكسبه
ولا تحصل المكاسب الا ببقا الاذن في التجاره ولو منع من اخذ
الغله يحجر عليه فينسد باب الاكتساب ولو اخذ اكثر من غلة
مثله رد الفضل على الغرما لتقدم حقهم ولا ضروره فيها
وينحجر بحجره اي بقول المولى له حجرتك عن التصرف وايصال
خبر حجره اليه ان علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق
وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر اذ المعتبر اشتهار الحجر وشيوعه
فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل هذا اذا كان الاذن الاول شايعا
اما اذا لم يعلم الا العبد ثم حجر عليه بمعرفته ينحجر لانتفا الضرر وينحجر يكون
ايضا باباقه لان المولى لا يرضي بتصرف عنده الخارج عن طاعته عادة
فكان حجرا عليه دلالة وموت مولاه وجنونه مطبقا ولحوقه بدار
الحرب مرتدا علم العبد او لم يعلم لان الاذن ليس لازما وما لا يكون لازما
من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتدا كانه اذن له ابتدا في كل ساعة

لتمكنه

٣٥٧

لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه على الحال علمه كانشاء الاذن
فيه فيشترط قيام الاهليه في تلك الساعه كما يشترط في الابتدا وقد
زالت بالموت والجنون وباللحاق ايضا لانه موت حكما حتى يعتق
مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه
في ضمن بطلان الاهليه واستيلادها اي تحجر الامه الماذونه باستيلادها
فانه يحصنها بعد الولاده فيكون الاستيلاد دلالة الحجر عادة لا
بالتدبير اي اذا استدامت الامة الماذونه لها اكثر من قيمتها
فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لعدم دلاله الحجر اذ لم تجر
العاده بتحصين المدبره وضمن اي المولى بهما اي بالاستيلاد
والتدبير قيمتهما للغرما لاتلافه محلا تعلق بحقهم اذ بهما
يمتنع البيع وبه كان يقضي حقوقهم اقر اي الماذون بعد حجره
ان ما معه امانة او غصب او دين عليه صح اقراره ويقضي مما
في يده وقالا لا يصح لان مصحح اقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر
وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبره وله ان المصحح
هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر فيما اخذه المولى من يده
واليد باقيه حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من
الاكساب عن حاجته واقراره دليل تحققها احاط دينه بماله ورقبته
لم يملك مولاه ما معه فلم يعتق عبد كسبه باعتاق مولاه وقالا يملكه
المولى فيعتق العبد وعليه قيمته لوجود سبب الملك في كسبه وهو
ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية الماذون لها وهو
دليل كمال الملك وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد

عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه
والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وعتق ان لم يحط اي
دينه بماله ورقبته بالاخلاف اما عندهما فظاهر واما عنده فلانه
لا يعري عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه
فيختل المقصود من الاذن ويبيع من مولاه بمثل القيمة لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين ولا يبيع منه بنقصان لانه متهم في
حقه لكونه مولاه ويبيع مولاه منه به اي بمثل القيمة وبالاقل
لان مولاه اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين كما مر ولا تهمة فيه
وللمولى حبسه اي المبيع بالثمن اي بمقابلته حتى يستوفي الثمن
من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى
ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان
احق به من ساير الغرما ولو باع المولى منه بالاكثر حط الزايد
او فسخ العقد اي يومر مولاه بازالة المحاباة او فسخ العقد لان
الزيادة تعلق بها حق الغرما ويبطل اي الثمن لو سلم اي مولاه البيع
قبل قبضه اي الثمن فلا يطالب العبد بشي لانه لما سلم البيع سقط
حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا صح اعتاقه
اي المولى العبد الماذون مديونا لبقا ملكه وضمن المولى للغرما
الاقل من دينه وقيمته اي اذا كان الدين اقل من القيمة يضمن الدين
اذ لا حق لهم الا في الدين وان عكس ضمن القيمة اذ تعلق حقهم بالرقبة
وهو اتلفها وذا اي الماذون ضمن فضل دينه على قيمته لان
الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما تلف ضمانا فيبقى

الباقي

الباقي عليه كما كان بيع عبد ماذون له محيط دينه برقبته وغيبه المشتري
بعد ان قبض لجاز الغريم اي خير الغريم ان شاء اجاز بيعه وله ثمنه لان
الحق له والاجازة اللاحقة كالاذن السابق او ضمن المشتري او البايع قيمته
لان حقه تعلق بالعبد حتى كان له ان يبيعه الا ان يقضي المولى دينه
والبايع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فتخير
في التضمين فان ضمن المشتري رجع اي المشتري بالثمن على البايع لان
اخذ القيمة منه كاخذ العين وان ضمن البايع سلم المبيع للمشتري وتم
البيع لزوال المانع ثم اي بعد ما ضمن البايع ان رد اي العبد على مولاه بعيب
رجع اي مولاه على الغريم بقيمته وعاد حقه اي حق الغريم في العبد
لارتفاع سبب الضمان وهو التسليم بعيب كان له ان يرجع على المالك
ويسترد القيمة كذا هنا كذا في الكافي وايهما اختار تضمينه برئ
الاخر حتى لا يرجع عليه وان توبت القيمة عند الذي اختاره لان المخير بين
شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الاخر
ولو ظهر اي العبد المغيب بعد التضمين اي بعد ما اختار تضمين احدهما لا
سبيل له اي للغريم عليه اي العبد ان قضي له بالقيمة ببينة او نكول
لان حقه تحول الى القيمة بالقضا ولو قضي له بالقيمة بقول الخصم مع
يمينه وقد ادعى الغريم اكثر منه فهو بالخيار ان شاء رضي بالقيمة او ردها
واخذ العبد فيبيع له اذ لم يصل اليه تمام حقه بزعمه كذا في النهاية
وان باعه معلما دينه فللغريم رد بيعه ان لم يف بدينه ثمنه
لانه اذا لم يف به له نقض البيع كيف كان وان وفى ثمنه بدينه ولا محاباة
في البيع لا اي ليس للغريم ان يرد البيع لان حقه قد وصل اليه فينفذ البيع

لزوال المانع ولا يخاصم الغريم مشتريا ينكر دينه ان غاب بايعه يعني لو
باع المولى عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البايع لا يكون
المشتري خصما للغريم اذا انكر المشتري الدين لان الدعوى تتضمن
فسخ العقد وهو قايم بالبايع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على
الغايب والحاضر ليس بخصم عنه اشترى عبد وباع ساكتا
عن اذنه وحجره فهو ماذون يعني ان عبدا اذا قدم مصرا فباع
واشترى فالمسالة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له
فيصدق استحسانا عدلا كان اولا والقياس ان لا يصدق لانه مجرد
دعوى منه ولا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام
البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك
واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك القياس والنظر
وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشي والقياس فيه ايضا
ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت
لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح
ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل
بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس ولا يباع
لدينه الا اذا اقر مولاه باذنه لان الاذن بالتجارة رضا ببيع رقبة
الماذون بالدين او اثبته اي الاذن الغريم يعني اذا قال
المولى هو المحجور فالقول له لتمسكه بالاصل فلا
يباع الا اذا اثبت الغريم اذنه فحينئذ
يباع

النوع الثاني

اذن الصبي

وقف لله تعالى على ... من ... لا ...

وقع الله تعالى

والمعتوه العته اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشتبه تارة بكلام العقلا واخري بكلام المجانين وحكمه حكم صبي عاقل وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما وتصرفهما ان نفع كالاسلام والاتهاب صح بدونه اي بدون الاذن وان ضر كالطلاق والعتاق لا وان وصليه اذنا به وما نفع تارة وضر اخري كالبيع والشرا صح به اي بالاذن لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه طفلا لا عقل له من حيث انه لا يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحق بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض والداير بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولي لان فيه منفعة لصيرورته مهتديا الي وجوه التجارات حتى لو بلغ فاجازه الولي نفذ عندنا خلافا لزفر لانه توقف علي اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه وشرط لصحته اي الاذن ان يعقلا ان البيع سالب للملك عن البايع والشرا جالب له اي للملك المشتري الولي الاب ثم وصيه ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه دون الام او وصيها وقد سبق الاشارة اليه في كتاب النكاح في باب الولي ولو اقر اي الصبي والمعتوه الماذون بما معهما من الكسب والارث يعني اقران ما ورثاه من ابيهما لفلان صح في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه لا يصح فيما ورثه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الي ذلك في التجارات ولا حاجة في الموروث وجه الظاهر انه بانضمام راي الولي التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فيصح اقراره فيهما

كتاب الوكالة

وجه المناسبة بين الكتابين ان في كل من الوكالة والاذن معنى الرضي بتصرف الغير وهي لغة الحفظ ومنه الوكيل في اسما الله تعالى

ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك في مالي يملك الحفظ فقط وقيل التركيب
يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا
اي فوضنا امورنا وسلمنا وعلى هذا التوكيل لغة تفويض الامر الى
الغير وشرعا تفويض التصرف في امره الى غيره واقامته مقامه
والرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف وشرط جوازه
كون الموكل اهل تصرف لم يقل اهل التصرف لئلا يفهم ارادة التصرف
المذكور فانها باطلة لاستلزامها بطلان توكيل المسلم كافرا ببيع الخمر
وكون الوكيل يعقله اي يعقل ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف
الغبن اليسير والفاحش ويقصده حتى لو تصرف هازلا لا يقع عن
الامر تفرع على قوله كون الموكل اهل تصرف بقوله فصح توكيل المسلم (والوكيل يعقله ويقصده بقوله صح)
كافرا ببيع الخمر وفرع على قوله والحر اي وصح ايضا توكيل الحر البالغ
والمأذون عبدا كان او صبيا مثلهما فيتناول الصور الاربع وصبيا
يعقل وعبدا حال كونهما محجورين لوجود الشرط المذكور في كل
مما ذكر انما لم يقل ههنا ويرجع حقوق العقد الى موكلهما لانه
قال فيما بعد ان لم يكن محجورا والتوكيل عطف على توكيل المسلم بكل
ما يعقده بنفسه فان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه
فيحتاج الى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعا لحاجته بنفسه احترازا
عن التوكيل حيث لا يجوز للوكيل ان يوكل فيما وكل فيه لانه استفاد التصرف
من غيره وهو مقيد بامره حتى لو صرح به ايضا جاز وبالخصومة
عطف على بكل في كل حق اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات
فيحتاج الى توكيل غيره كما مر ولم يلزم لان التوكيل بالخصومة لم يقل ولم
يجز لان الجواز اتفاقي والخلاف في اللزوم بلا رضى خصمه المتأخرون
اختاروا والفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اباء الوكيل
لا يمكنه من ذلك ويقبل الوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الا
ضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضى صاحبه وهو

٣٦٣

اختيار شمس الايمة السرخسي كذا في الكافي الا لموكل مريض او مسافر اي غايب مسافة ثلاثة ايام فصاعدا او مريد للسفر بان ينظر القاضي في حالة وفي عدته فانه لا يخفى هيئة من يسافر ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر او مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم وصح ايضا التوكيل بايفايه اي ايفا كل حق واستيفايه الا في حد وقود فانه لا يجوز بغيبة موكله عن المجلس لانهما يسقطان بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة قال انت وكيلي في كل شي كان وكيلا في الحفظ فقط ولو زاد جايز امره كان وكيلا في جميع التصرفات حتى في الطلاق والعتاق قال في الفتاوي الصغرى لو زاد جايز امره فهو وكيل في الحفظ والبيع والشرا وتقاضي ديونه وحقوقه والصدقة والهبة وغير ذلك لانه فوض اليه التصرف عاما فصار كما لو قال ما صنعت من شي فهو جايز فيملك جميع انواع التصرفات حتى لو انفق على نفسه جاز لانه اجاز صنيعه وهذا من صنيعه ثم قال وهذا التعليل يقتضي انه اذا طلق امراته جاز فيفتى بهذا حتى يتبين خلافه حقوق عقد مبتدا خبره قوله الاتي يتعلق به يضيفه الوكيل الى نفسه في عرف اهل المعاملة كبيع واجارة وصلح عن اقرار امثلة للعقد فان الوكيل بالبيع يقول بعت هذا منك من قبل فلان وكذا الوكيل بالشرا يقول اشتريت هذا منك ولا يقول لاجل فلان يتعلق اي تلك الحقوق به اي بالوكيل ان لم يكن اي الوكيل محجورا احترازا عن الصبي والعبد المحجور فان توكيلهما جايز لكن حقوق عقدهما ترجع الى الموكل ومثل حقوق العقد بقوله كتسليم المبيع اي ان وكل بالبيع وقبضه ان وكل بالشرا وقبض ثمنه اي ثمن بيعه والمطالبة بثمن مشراه يعني ان الوكيل بالشرا اذا اشترى شيا يطالبه البايع به بثمنه

والرجوع به اي بالثمن عند الاستحقاق اي استحقاق ما باع او
رجوعه هو بالثمن على بايعه عند الاستحقاق ما اشتري والمخاصمة
اي يخاصم ويخاصم في شفعة ما بيع وفي العيب فيرده
اي المعيب الى البايع لو كان بيده وبعد تسليمه الى الموكل
يرده باذنه اي اذن الموكل وللمشتري منع الثمن من موكل
بايعه يعني اذا وكل رجلا ببيع شي فباعه ثم الموكل طلب الثمن
من المشتري له منعه لان المشتري اجنبي عن العقد وحقوقه
كما بينا وان دفع اليه اي الموكل صح ولا يطالبه بايعه يعني
الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه ولا فايده في نزعه منه ثم
رده اليه وبريت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه
والملك يثبت للموكل ابتدا لكن خلافة عن الوكيل جواب سوال
مقدر كما ذكر في النهاية وهو ان يقال اذا ثبت الملك للموكل
ينبغي ان تكون الحقوق راجعة اليه لانها تابعة للملك
فاجاب عنه بهذا وقال نعم الملك يثبت للموكل ابتدا لكن
يثبت له خلافة عن الوكيل وحاصل ان الوكيل خلف عن الموكل
في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق الملك
كالعبد اذا قبل الهبة ثبت الملك للمولى ابتدا وقيل الملك
يثبت للوكيل لكن لا يتقرر بل ينتقل الى الموكل بلا مهلة وعلى
القولين لا يعتق قريبه بشراء اي الوكيل ولو كان اي المشتري
عرسه لا يفسد النكاح اما على الاول فظاهر لان المشتري لم
يملكه واما على الثاني فلان العتق وفساد النكاح يقتضيان
تقرر الملك على ما ذكر في الزيادات وغيره فاذا لم يوجد لم يحصلا
واعترض عليه واجيب بان المطلق منصرف الى الكامل وهو
الملك المقرر والمجتهد عنه غافل وانما فرعهما الاكثرون على

بانه مخالف لاطلاق قوله
صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم
محرم منه عتق عليه ح

القول

على القول الاول لانه اصح عندهم وحقوق عقد يضيفه اي الوكيل
الى الموكل كنكاح وخلع وصلح على انكار او دم عمد وعتق على مال
وكتابة وهبة وتصدق واعاره وايداع ورهن واقراض تتعلق
بالموكل وسره ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من
قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة
العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب اما النكاح فلان
الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها والساقط يتلاشى
فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم
لغيره فجعل سفيرا ليقترن الحكم بالسبب حتى لو اضاف النكاح الوكيل
الى نفسه وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب
كما في البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم على سبيل صح
لغيره خلافه واما الخلع فلانه اسقاط للنكاح والناكح الزوج والمنكوحة
المراه والوكيل اما منه او منها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلا
بد من الاضافة الى الموكل واما الصلح عن انكار فانه ايضا اسقاط محض
فلا يشوبه معاوضة بل فداء يمين في حق المدعى عليه فلا بد من الاضافة
الى الموكل وكذا الحال في الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض والوكيل
اجنبي سفير فلا بد من الاضافة الى الموكل وكذا الحال في البواقي هذا
المحض ما ذكره القوم في هذا المقام ويضمحل به ما قال صدر الشريعة
واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار في الاضافة فان زيدا
اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح عن المائة فيقول زيد صالحت
عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سوا

٣٦٦

كان عن اقرار او انكار لانه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق
الى الوكيل كما في البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو
فدى يمين في حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا ترجع الحقوق اليه وذلك
لانه ان اراد بقوله يتم الصلح سوا كان عن اقرار او انكار تمامه بلا اعتبار
اضافته في صورة الاقرار الى الوكيل وفي صورة الانكار الى الموكل فلا نسلم
ذلك فانه عين محل النزاع وان اراد تمامه باعتبار تملك الاضافة كان
اعترافا بصحة كلام القوم فلا وجه لانكار الفرق والقول بالتسوية وفرع
على كونه الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا بقوله فلا يطالب من قبل المراة
وكيله اي وكيل الزوج بالمهر ووكيلها بتسليمها وبدل الخلع لما مر من كون
الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت
به الملك لان التفويض التصرف في ملك الغير لا يجوز ونقض بالتوكيل
بالشرا فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان التصرف في
ملك الغير انما لا يجوز اذا لم يكن بعوض وفي التوكيل بالشرا عوض
فافترقا لا الرسالة فانها غير باطلة لانتفا تفويض التصرف فيها
لان الرسول سفير محض وقد مر ان الوكيل بالاقرار صحيح لانه تفويض
التصرف في ملكه باب الوكالة بالبيع والشرا ان عممت اي الوكالة
جزا الشرط قوله الاتي صحت قال في الهداية من وكل بشرا شي فلا بد من تسمية
جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما
ليمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع ما رايت لانه
فوض الامر الى رايه فاي شي يشتريه يكون ممتثلا او علم بصيغة
المجهول ان يكون معلوما بين الوكيل والموكل ما وكل بشرايه

او جهل

وان وصلية شرطية
اي ثمن لان العدل بقدر
على الامتثال وان شرطية

٣٦٧

اوجهالة يسيرة وهي جهالة النوع صحت اي الوكالة جهل اي
ماوكل به جهالة فاحشة وهي جهالة الجنس لا اي لا تصح
الوكالة وان وصلية بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على
الامتثال وان وصلية شرطية جهل اي ماوكل به جهالة متوسطة
وهي ما بين النوع والجنس فان بين النوع او ثمن عين نوعا
صحت لان الوكيل حينئذ يقدر على الامتثال بكون الجهالة
يسيره والا فلا لان الوكيل ههنا ايضا لا يقدر على الامتثال
لكون الجهالة فاحشة الاول وهو ما جهل جهالة يسيرة
كالفرس والبغل والحمار والثوب الهروي او المروي والثاني
وهو ما جهل جهالة فاحشة كالثوب والدابه والرقيق
والثالث وهو ما جهل جهالة متوسطة كالعبد والامة
والدار فان وكل بشرا فرس ونحوه مما ذكر صح وان لم يبين
الثمن لانه من القسم الاول وان وكل بشرا عبد ونحوه
ان بين النوع كالتركي او ثمن عين نوعا من انواع العبد
وجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين شيا منهما لم يصح
والحق بجهالة الجنس لانه يمتنع الامتثال واذا وكل
بشرا ثوب ونحوه لا اي لا يصح وان بين اي الثمن
اذ بمجرد بيانه لا ترتفع الجهالة التوكيل بشرا طعام
يقع على البرود قيقه يعني دفع الى اخر دراهم وقال
اشتر لي طعاما يشتري البر ودقيقه والقياس ان يشتري
كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل

اذا الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان الطعام اذا
قرن بالبيع والشرا يحمل على ماذكرنا عرفا في الاكل فيبقى على
الوضع وقيل يقع على البر في دراهم كثيره والخبز في قليله
والدقيق في متوسطه رعاية للتناسب بين الثمن
والمثمن وفي متخذ الوليمه يقع على الخبز مطلقا يعني قلت
الدراهم او كثرت لدلالة الحال وكل بشرا هذا العبد بدين
له على الوكيل صح يعني اذا كان للرجل على الحر الف درهم فامره ان يشتري
بها هذا العبد فاشتراه صح ولزم الموكل حتى لو مات مات عليه
وان اطلق يعني وكل بان يشتري له بالالف عبدا غير معين
فاشترى عبدا كان اي ذلك العبد للوكيل الا ان يقبضه الموكل
حتى لو مات قبل قبض الموكل مات على الوكيل ولو بعده مات
على الموكل وقالا هو للموكل في الوجهين اذا قبضه الوكيل لهما
ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان
او عينا حتى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
العقد فصار الاطلاق والتقييد في الدين سوا فيصح التوكيل
ويلزم الموكل وله انها تتعين في الوكالة حتى لو قيد الوكالة
بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط
الدين باسقاط رب الدين عن المديون بطلت الوكالة واذا
تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بلا توكيل بقبضه
او كان ~~هذا تمليك الدين~~ امرا بدفع شي لا يملكه الموكل الا بالقبض
وهو الدين وكلاهما غير جايز واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرا على الوكيل

فهلك

فيهلك من ماله الا ان يقبضه الموكل من الوكيل فيصير بيعا
بالتعاطي فيهلك من مال الموكل وكل عبد ابشرا نفسه من مولاه له
اي للموكل فان قال له بعني نفسي لفلان فباع صح فيكون للموكل لان العبد
يصلح ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بالوكالة لكونه اجنبيا عن
ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال لان ماليته في
يده فاذا اضاف الى الامر صح فعله للامتثال فيقع العقد للامر
وان لم يقل لفلان بل قال بعني نفسي لنفسي او قال بعني نفسي
ولم يقل لي او لفلان عتق اما الاول فلما مر انه يصلح لشرا نفسه
واما في الثاني فلان المطلق محتمل الوجهين فلا يقع الامتثال
بالاحتمال فيصير التصرف لنفسه واقعا والثمن على العبد
فيهما اي في الوجهين لا على الامر اما اذا وقع الشراء له فظا
واما اذا وقع للامر فلان المباشرة هو العبد فترجع الحقوق
اليه فيطالب بالثمن لكنه يرجع على الامر فان قيل العبد هنا
محجور وقد مر ان العبد اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه
قلنا ان الحجر منا ما العقد الذي باشره مقترنا باذن المولى ولو كل
عبد من يشتري نفسه من مولاه اي العبد بالف دفع الى وكيله
فان قال اي وكيله له اي لمولاه اشتريته لنفسه فباعه عتق
عليه اي على ذلك المال لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشرا
العبد نفسه بما له قبول الاعتاق ببدل والوكيل سفير محض عنه
فصار اشترى بنفسه فلزم الولا للمولى وان لم يقل وكيله اشتر
لنفسه كان اي العبد لوكيله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن

العمل بها اذ الم يبين فيراعي ذلك بخلاف شرا العبد لنفسه لتعين المجاز
فيه وعليه اي على الوكيل ثمنه لانه العاقد والالف الذي دفعه العبد
للمولي لانه كسب عبده قال اي المامور شريت العبد شريت عبدا
للامر فمات اي العبد وقال اي الامر بل اشتريت لنفسك
فان كان اي العبد معينا ولو كان حيا فالقول للمامور مطلقا اي
سوا كان منقودا اولا ولو كان ميتا فان كان الثمن منقودا
فكذا اي القول للمامور والا اي وان لم يكن منقودا فللامر
اي القول له وان كان غيره اي العبد غير معين فكذا
اي القول للمامور ان كان اي الثمن منقودا سوا كان العبد
غير معين حيا او ميتا والا اي وان يكن الثمن منقودا
فللامر سوا كان العبد حيا او ميتا قال في الكافي هذه
على المسئلة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون العبد
مامورا بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين
اما ان يكون الثمن منقودا او لا وكل وجه على وجهين اما ان
يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشرا او ميتا فان كان مامورا
بشرا عبد بعينه فان اخبر عما شراه والعبد حي فالقول للمامور
بالاجماع منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك
استينافه والمخبر به في التحقيق والثبوت يستغني عن الاشهاد
فيصدق وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي
بعد الشرا وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر
لانه اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن والامر

منكر

منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان
امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امر به
فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور
اشتريته لك فقال الامر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا
فالقول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه وان لم يكن منقودا
فالقول للامر عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للامر
وان كان العبد ميتا فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للامر لانه
اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر
وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وادعى الخروج
عن عهدة الامانة فيكون القول قوله قال في الهداية من امر
رجلا بشرا عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال
الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان دفع اليه
الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك
استينافه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو منكر والقول
للمنكر وفي الثاني هو امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة فيقبل
قوله وقال صدر الشريعة كل واحد من التعليلين شامل للصورتين
فلا يتم به الفرق اقول ليس كما قال لان التعليل الثاني لا يجري
في الصورة الاولى اذ لا يجوز ان يقال ان المامور امين يدعي الخروج
عن عهدة الامانة لانه انما يكون امينا اذا كان قابضا للثمن والفرض
انه لم يقبضه له اي للوكيل بالشرا الرجوع بالثمن على امره اذا فعل
ما امر به سوا دفعه اي الثمن الى بايعه اولى وله ايضا حبس

رتين

المبيع منه اي من امره لقبض ثمن وان لم يدفعه اي الثمن الى
بايعه لما تقرر من انعقاد مبادلة حكمية بينهما ولهذا اذا اختلفا
في الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فان هلك اي المبيع
في يده اي الوكيل قبل الحبس فعلى الامر اي هلك من ماله
ولم يسقط الثمن لانه يده يد الموكل فان لم يحبس يصير
الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
لما ذكرا وبعده اي بعد حبسه فعليه اي المامور وسقط
اي الثمن لان الوكيل كالبائع منه فكان حبسه لاستيفا
الثمن فيسقط بهلاكه كما في البيع وليس للوكيل بشراء شي بعينه
شراوه لنفسه لانه يدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه
الا اذا شراوه لغير جنس ما سمي اوبغير النقود اوشري
غيره بامره بغيبته فحينئذ يكون المشتري للوكيل الاول
لانه خالف امر الموكل فينفذ عليه فان حضر اي الوكيل
الاول فلامره اي المشتري للموكل الاول لحصول راي
وكيله وعدم المخالفة وفي غير عين اي اذا وكل بشراشي
غير معين هوله اي ما شر للوكيل الا اذا اطلق ونواه
اي كون المبيع لامره اي اشتري بالف مطلق بلا تعيينه
كونه ملك الموكل لكن نوى الشرا له فيكون للموكل او اضاف
العقد الى مال الراي مال امره بان يقول اشتريت بهذا
الالف وهو من مال الموكل وان لم ينعقد الثمن منه فان
اضافه الى مال نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل

شرعا

شرعا او عادة اذا اشترى النفس باضافة العقد الى
مال غير مستنكر شرعا او عادة صح اي التوكيل بعقد الصرف
والاسلام والمبايعة المذكورة في كتب الفقه ما عند الصرف
والسلم قال صاحب الهداية والكافي وساير المتاخرين
المراد الاسلام اي شرائي بعقد السلم لا اي يصح التوكيل
بقبول السلم لانه توكيل ببيع الكر بعقد السلم وهو لا يجوز
اذ التوكيل ببيع طعام في ذمته على ان يكون الثمن لغيره
ولا نظير له في الشيوع العبرة لمفارقة الوكيل فيهما اي
الصرف والسلم لا لمفارقة الامر يعني اذا فارق الوكيل صاحبه
قبل القبض في العقدين بطلا لوجود الافتراق قبل القبض
ولا عبرة لمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمعتبر قبض
العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم يتعلق به الحقوق
كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة
في العقد لا القبض قال بعني هذا لزيد فباعه فانكر
المشتري اي امر زيد بعد اقراره بقوله لزيد فان كذبه
اي كذب المشتري زيد في انكاره وقال انا امرته اخذه
اي زيد لان قوله بعني لزيد اقرار منه بالوكالة فاذا انكر
الامر بعده صار متناقضا والمناقض لا قول له فيكون
للموكل وان صدقه اي صدق المشتري زيد في انكاره
لا اي لا ياخذه زيد لان المشتري ارتد برده الا برضاه
لان المشتري له لما جحد الامر اول مرة بطل اقرار المعزو لزم

الشرا للمشتري فاذا سلمه واخذه صار بيعا بالتعاطي امر بشرا من
لحم بدرهم فشرا اي مشتري به مما يباع منه بدرهم لزم الامر منه بنصفه
لانه امره بشرا منٍّ ولم يوجد شرا الزيادة فينفذ شرا المن على
الموكل والزيادة على الوكيل او امر بشرا عبدين معينين بلا ذكر ثمن
فشرا اي احدهما او امر بشرا ايهما بالف وقيمتهما سوى فشري احدهما
بنصفه او اقل وقع عنه اي عن الامر في الصورتين اما في الاول فلانه
قابل الالف بهما وقيمتهما سوا فتنقسم بينهما نصفين دلالة فكان
امرا بشرا كل واحد بخمسماية ثم الشرا بها موافقة وباقل منها
مخالفة الى خير وبالاكثر مخالفة الى شر فيقع عن المشترى الا اذا
اشتري الباقي بالباقي قبل الخصومة لان الشرا الاول باق وقد
حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين ولم يثبت الانقسام
الا دلالة والصريح يفوقها قال الوكيل شريته بالف وقال
الامر بنصفه فان كان اي الامر الفه اي اعطاه الالف صدق
المامور ان ساواه اي المشتري الالف يعني اذا وكل رجل اخر
بشرى عبد بالالف فقال اشتريته بالف وقال الامر اشتريته بنصفه
فان الامر اعطاه الالف وهو يساويه فالقول للمامور لانه امين
فيه وقد ادعي الخروج عن عهدة الامانه والامر يدعي عليه خمسماية
وهو ينكر والا اي وان لم يساوه بل يساوي خمسماية فالامر اي
صدق الامر بلا يمين لانه امره بشرا عبد بالف والمامور
اشتري بغبن فاحش فيقع له فيضمن خمسماية وان لم يالفه
وساوي نصفه اي خمسماية صدق الامر بلا يمين وان ساواه

تحالفا

تحالفا لان الموكل والوكيل ههنا كالبايع والمشتري وقد يقع الاختلاف
في الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد فيلزم المشتري الوكيل كذا
معنى لم يسم له ثمنا فشراه واختلف في ثمنه يعني اذا قال اشتري
هذا العبد يصدق البايع المامور ولم يسم ثمنا فاشتراه فقال
الامر اشتريته بخمسماية وقال المامور بالف وصدق البايع المامور
تحالفا لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب
المصير الى التحالف كما في المسيلة الاولى الوكيل اذا خالف امر الامر
ان كان خلافا الى خير في الجنس بان وكله ببيع عبده بالف درهم
فباعه بالف وماية ينفذ ولو وكله ببيعه كذلك فباعه بماية دينار لا
اي لا ينفذ عليه وان كان خيرا كذا في الخلاصة **فصل** الوكيل
بالبيع والشرا لا يعقد مع من ترد شهادته له كاصله وفرعه وزوج
وعرس وسيد لعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشترك لانه مواضع
التهم مستثناه عن الوكالات وهذه مواضع التهمة بدليل عدم
قبول الشهادة هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق بان قال له
بع ممن شيت فحينيذ يجوز بيعه له بمثل القيمة ذكره الزيلعي
وفي النهاية ان الوكيل في البيع اذا باع منهم اذا كان باكثر من القيمة
يجوز له بلا خلاف وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع
وان كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة
فعن ابي حنيفة روايتان وصح بيع الوكيل بما قل او اكثر والعرض
والنسية لان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير
موضع التهمة وصح ايضا اخذه ان اخذ الوكيل رهنا وكفيلا

بالثمن فلا يضمن ان ضاع اي الرهن في يده او توي ما على الكفيل لان
الجواز الشرعي ينافي الضمان وتقييد شراوه بمثل القيمة وغبن يسير
وهو ما يتقوم به مقوم من اهل الخبرة حتى لا يجوز شراوه بغبن
فاحش بالاجماع قال في النهاية هذا التحديد فيما لم يكن له
قيمة معلومة في البلدة كالجوهر تلك البلد كالعبيد والدواب ونحوهما
فاما ماله قيمة معلومة في البلد كالخبز واللحم او غيرهما فزاد الوكيل
بالشرا لا ينفذ على الموكل وان كان الزيادة شيا قليلا كالفلس
ونحوه وكله ببيع عبد فباع نصفه صح لان اللفظ مطلق عن قيد
الاجتماع وفي شرا يتوقف على شرا الباقي فان اشترى باقيه قبل
ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل لان شرا البعض قد يقع
وسيلة فينفذ على الامر اذا رد مبيع بعيب على وكيله ببينة
او نكوله اي الوكيل او اقراره فيما لا يحدث رده اي الوكيل
على الامر وباقراره فيما يحدث لا اي لا يرد على الامر بل يبقى عليه
يعني ان الوكيل ببيع شي اذا باعه فرد عليه بالعيب فان كان
مما لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة اذ لا يحدث مثله في
هذه المدة يرده على الامر سوا كان الرد على الوكيل بالبينة
او النكول او الاقرار في عيب لا يحدث مثله الاصل في الوكالة
الخصوص ولهذا لو قال جعلتك وكيلا في مالي يصير حافظا
لماله فقط وفي المضاربة العموم ولهذا لو قال جعلتك مضاربا
كان مضاربا في جميع الانواع فان باع اي الوكيل شيا فقال
امرتك بنقد وقال اطلقت صدق الامر بنا على كون

التقييد اصلا في الوكالة وفي المضاربة يعني اذا باع المضارب
نسا فقال لرب المال امرتك بنقد وقال اطلقتك صدق
المضارب بنا على كون الاطلاق اصلا فيهما وسياتي تحقيقه اخر كتاب
المضاربة ان شا الله تعالى لا يتصرف احد الوكيلين وحده لان الموكل
رضي برايهما لا براي احدهما وان كان البدل مقررا الان
لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان
وفي اختيار البايع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف
لا مانع فيه عن الاجتماع ويحتاج فيه الى الراي ولم يكن
توكيلهما بلفظ واحد ذكر الاول بقوله الا في خصومة
فان الاجتماع فيها متعذر الافضا به الى الشغب في مجلس
القضا وذكر الثاني بقوله ورد وديعة وقضا دين وطلاق وعتق
لم يعوضا اذ لا يحتاج في شي منها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة
الواحد والمثنى سوا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شيتما
اوقال امرها بايديكما لانه تفويض الى مشيتهما فيقتصر
على المجلس او كان الطلاق والعتق بعوض لانه يحتاج حينيذ
الى الراي وذكر الثالث بقوله ولم يكن توكيلهما بكلام واحد
بل على التعاقب فحينيذ يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف
لانه رضي براي كل منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير
ذلك (فان تصرف احدهما بحضرة صاحبه فان اجاز صاحبه
جاز والا فلا ولو كان غايبا فاجاز لم يجز ذكره الزيلعي الوكيل
بقضا الدين لا يجبر عليه لانه لم يضمن شيا بل وعد ان يتبرع

الشغب بفتح ... والغين زيادة الشر والفتنة

بخلاف ما اذا وكلهما ... وقت توكيله فلا يتغير ذلك صح

٣٧٨

الامر على الامر بخلاف الكفيل لانه ضمن ولا يوكل
اي الوكيل الا باذن امره او باعمل برايك ونحوه بما اصنع ماشيت
مثلا فان وكل به اي باذن الامر كان وكيل الامر لا ينعزل بعزل
موكله او موته وينعزلان بموت الاول وسياتي تحقيقه
في ادب القاضي ان شا الله تعالى وكل اي الوكيل بلا اذن اي
اذن الموكل فعقد اي وكيله عنده اي عند الموكل الثاني
او عقد بغيبته فبلغه فاجازا عقده او كان الموكل الاول
قدر الثمن صح اما الاولان فلان المقصود وهو حضور رايه
قد حصل في الصورتين واما الثالث فلان الاحتياج الي
الراي فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل بخلاف ما اذا
وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير
الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار
المشتري كامر قال فوضت امر امراتي صار وكيلا بالطلاق
وتقيد بالمجلس فان طلق صح والا فلا بخلاف قوله وكلتك
في امر امراتي حيث لا يتقيد بالمجلس فان طلق بعده صح ومن
لا يلي غيره لم يجز تصرفه في حقه لان صحة التصرف مبنية
على الولاية فاذا انتفت الثانية انتفت الاولى فاذا باع عبدا
او مكاتبا او حربي مال صغيره الحر المسلم او شري واخذ منهم
به اي بذلك المال لم يجز لانتفا ولايتهم عليه كذا تزويج
صغيرة كذلك اي حرة مسلمة حيث لم يجز لواحد منهم ذلك
لانتفا الولاية باب الوكالة بالخصومة والقبض

اعلم

اعلم ان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند الثلاثة خلافا لزفر رحمه الله تعالى بناء على ان القبض غير الخصومة وقد رضي بها دونه ولهم ان من ملك شيا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض وقالوا الفتوى اليوم على قول زفر لفساد الزمان ولهذا قلت الوكيل بها وبالتقاضي لا يملك القبض وبه يفتي لظهور الخيانة في الوكلا وقد يومن على الخصومة من لا يومن على المال وكذا الوكالة بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال اقتضيت حقي اي قبضته فانه مطاوع قضى لكن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على انه ايضا لا يملكه والوكيل بقبض الدين يملكها اي الخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان الداين استوفاه او ابراه تقبل بينته والوكيل وبقبض العين لا اي لا يملكها فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغايب صورته وكل وكيلا بقبض عبد له وغاب فاقام ذو اليد البينة انه اشتراه ممن وكله بالقبض لم تقبل البينة في اثبات الشرا وتقبل في دفع الخصومة فيتوقف حتى يحضر الموكل ويعيد البينة كذا الطلاق والعتاق يعني اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم من مكان الى مكان لا تقبل هذه البينة على اثبات العتق

وقف لله تعالى

والطلاق وتقبل في قصر يد الوكيل حتى يحضر الغايب الوكيل
بها اي بالخصومة اذا ابى اي امتنع عن الخصومة لا يجبر عليها
لانه لم يضمن شيا بل وعد ان يتبرع بخلاف الكفيل حيث يجبر عليها
لانه ضمن كما مر اذا وكل بخصوماته واخذ حقوقه من الناس
على ان لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز فلو اثبت
المال ثم اراد الخصم الرفع لا تسمع على الوكيل كذا في الصغرى
صح اقرار الوكيل بالخصومة يعني اذا ثبت وكالة الوكيل
بالخصومة واقر على موكله سوا كان موكله المدعي فاقر باستيفا
الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي
صح دون غيره اي ان كان اقراره عند غير القاضي فشهد به شاهدان
عند القاضي لا يصح وان انعزل به حتى لا يدفع اليه المال ولو
ادعى بعد ذلك الوكالة وقام بينة لم تسمع لانه زعم انه مبطل
في دعواه كذا اذا استثنى الاقرار واقر عنده يعني اذا استثنى الموكل
الاقرار بان قال وكلتك غير جايز الاقرار واقر الوكيل عند القاضي
لا يصح لصحة الاستثنا لكن يخرج عن الوكالة فلا تسمع خصومته
لا اي لا يصح توكيل كفيل بمال يقبضه صورته كفل عن رجل بمال فوكله
صاحب المال بقبضه من الغريم لم يصح لان الوكيل من يعمل لغيره
ولو صح هذا لصار عاملا لنفسه في ابرا ذمته فانعدم الركن بخلاف
الرسول ووكيل الامام ببيع الغنايم والوكيل بالتزويج حيث يصح
ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد سفير وعبر ذكره الزيلعي والوكيل
بالبيع اذا ضمن الثمن للبايع عن المشتري لم يجز لانه يصير عاملا لنفسه

الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطلت الوكالة بطلان الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس بحر

كامر

وو ٣٨١ لله تعالى

كامر ولو ادى حكم الضمان يرجع لبطلانه وبدونه اى بدون حكم الضمان لا اى لا يرجع لكونه تبرعا مصدق التوكيل او غريما امر بدفع دينه الى الوكيل يعني اذا ادعى رجل انه وكيل فلان الغايب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقر على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها لو ادعى انه اوفى الدين الى الداين لا يصدق اذا الزمه الدفع الى الوكيل باقراره ولم يثبت الايفا الا بمجرد دعواه فاذا احضر الغايب ثانيا اى لم يثبت الاستيفا لانكار الوكالة فالقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الادا ورجع به على الوكيل ان بقي في يده لان غرضه من الدفع براة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه وان ضاع لا اى لا يرجع لان بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره الا اذا ضمنه اى شرط على مدعي الوكالة بالضمان عند الدفع اى دفع ما دعاه او لم يصدقه اى في دعواه التوكيل ودفع اليه على رجا الاجازة اى اجازة الغايب فاذا انقطع رجاوه رجع عليه او دفع اليه مكذبا له في دعواه التوكيل ولو لم يكن مصدق التوكيل غريما بل مودعا لم يومر بالدفع لانه اقر بمال الغير بخلاف الدين فانه يقضى بمثله كما مر كذا لو ادعى الشرا وصدقه يعني انه لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يومر بدفعها اليه لان اقراره على الغير

نسخة: بقبض دينه

وصدقه ثم الامر وان كذبه الغايب دفع ثانيا الى الغايب صح

وصدقه اي المصدق

غير مقبول وامر به اي بالدفع لو قال اي المدعي تركها اي الوديعة
المودع ميراثا لي وصدقه اي المودع لان هلكه قد زال بموته واتفقا
انه مال الوارث فيدفعه اليه وكل بصيغة المجهول اي جعل رجلا
وكيلا بقبض مال وادعى الغريم قبض دائنه دفع اي الغريم اليه اي
الي الوكيل يعني يجبر على دفعه اليه لان وكالته تثبت بقوله اخذه
رب المال حيث لم ينكر الوكالة وادعى الايفا وفي ضمن دعواه اقرار
بالدين او بالوكالة واذا كان اقرار ثبت الوكالة في زعمه ولم يثبت
الايفا بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه واستحلف اي الغريم دائنه
على عدم القبض لانه قبضه يوجب براة ذمته فاذا عجز عن اقامة
البينة يستحلف لا الوكيل على عدم علمه بقبض الموكل اذ لا يجري النيابة
في اليمين وكله بعيب اي رد المبيع بسبب عيب فادعى البايع رضي
المشتري لم يرد اي الوكيل عليه اي البايع حتى يحلف اي البايع المشتري
بخلاف مسيلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل
اذا ظهر الخطا عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضا بالفسخ نافذ
ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فيصح القضا ولا استحلاف المشتري بعده
لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضا وليس في مسيلة الدين قضا بل امر
بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه ودفعه الي الغريم بلا نقض القضا
دفع رجل الي اخر عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة اخرى
فهي بها استحسانا والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد
العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا

الا ان الانفاق لا يكون بدون الشرا فيكون التوكيل به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به علي الامر الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم قال في الصغري الوكيل بقبض الدين اذا احضر خصما فاقر بالتوكيل وانكر الدين لا يثبت الوكالة حتي لو اراد الوكيل اقامة البينة علي الدين لا تقبل واذا ادعي ان فلانا وكله بطلب حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجا بالبينة علي الوكالة والموكل غايب ولم يحضر الوكيل احدا للموكل قبله حق فلان القاضي لا يسمع من شهوده حتي يحضر خصما جاحدا ذلك او مقر به فحينيذ تسمع وتقرر الوكالة فاذا احضر بعد ذلك غريما يدعي عليه حقا للموكل لم يحتج الي اعادة البينة ولو كان يدعي انه وكله بطلب كل حق قبل انسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه ولو اثبت ذلك بمحضر من ذلك العين ثم جا بخصم اخر يدعي عليه حقا يقيم البينة علي الوكالة مرة اخري باب عزل الوكيل ينعزل بعزل الموكل لان الوكالة حقه فله ان يبطله وبعزل نفسه بان يقول عزلت نفسي بشرط علم الخبر فيهما اي في الصورتين يعني اذا عزل الموكل يشترط علم الوكيل به وان عزل نفسه يشترط علم الموكل به حتي اذا لم يبلغه العزل فهو علي وكالته وتصرفه جايز حتي يعلم باخبار متعلق بالعلم عدل او اثنين ولو غير عدلين اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراه صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما

وعند ابي حنيفة لا يثبت العزل الا بالعدد او بالعدالة وينعزل ايضا بموت
الموكل كذا وقعت عبارة العدو ووقعت في الكافي والوقاية كذا بموت
احدهما ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فايدة تركته وينعزل ايضا بجنون احدهما
من الوكيل والموكل جنونا مطبقا لان قليله بمنزلة الاغما وهو شهر عند ابي يوسف
وحول كامل عند محمد رحمهما الله وهو الصحيح والحكم بلحوقه اي لحوق احدهما بدار
الحرب مرتدا فان لحوقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع
واما قبله فموقوفة عند ابي حنيفة وانما ينعزل بهذه الاشيا لان الوكالة عقد غير
لازم فكان لبقائه حكم الابتدا فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما
ما يشترط للابتدا وذا اي انعزال الوكيل في الصورة المذكورة اذا لم يتعلق
به اي بالتوكيل حق الغير واما اذا تعلق به ذلك فلا ينعزل كما اذا
شرطت الوكالة في بيع الرهن كما مر او جعل امر امراته في يدها ثم جن
الزوج وينعزل ايضا بتصرف بنفسه اي تصرف الموكل بحيث يعجز
الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امراة
او بشراء شي او طلاق او خلع او بيع عبده فاعتق او كاتب او تزوج
او اشترى او طلق ثلاثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع
بنفسه فانه لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل
الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قايمة بقيت الوكالة
لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان
يزوجها منه لزوال الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل او ابانها حيث يكون
له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية وتعود الوكالة اذا عاد اليه اي الموكل

قديم

٣٨٥

قديم ملكه يعني اذا وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل ثم رد عليه بعيب بقضا كان
للوكيل ان يبيعه وكذا لو وكل كل واحد من رجلين ببيعه فباعه احدهما فرد عليه
بعيب فلكل واحد منهما ان يبيعه كذا في الصغرى او بقي اثره اي اثر ملكه
كما اذا طلق امراته واحده وهي في العده فتصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع
الباقي وينعزل ايضا بافتراق الشريكين وان لم يعلم الشريك وهذا يحتمل امرين
احدهما ان يكون الافتراق بهلاك المالين او مال احدهما قبل الشرا
فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي في ضمنها علما به اولا لانه عزل حكمي
اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة وثانيهما ان احدهما او كلاهما
لو وكل من يتصرف في المال جاز فلو افترقا انعزل حق الوكيل في حق غير الموكل
منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل وانما ذكرنا الوجهين اذ لو بقي الافتراق
على ظاهره لم يصح قوله وان لم يعلم الشريك اذ لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ
الشركة المستلزمة للوكالة بلا علم صاحبه وينعزل ايضا بعجز موكله لو
كان الموكل مكاتبا وحجره لو كان ماذونا لما مر ان بقا الوكالة معتبر بابتدايها
لكونها غير لازمة فيشترط في حالة البقا قيام الامر كما في الابتدا وقد بطل
بالعجز فتبطل الوكالة علم الوكيل او لا لان البطلان امر حكمي كما مر اذا وكل
يعني انما ذكر من انعزال وكيل المكاتب بعجزه ووكيل الماذون بحجره اذا وكل
ذلك الوكيل في العقود والخصومات لا قبض الدين او اقتضايه لان
العبد بايفا ما وليه وله مطالبة استيفا ما وجب له لان وجوبه كان بعقد
فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكاله كما لو وكله ابتدا بعد الحجر بعد انعقاد
العقد بمباشرته لا ينعزل بعزل المولى وكيل عبده الماذون لانه حجر خاص

يعني انما ذكر من انعزال الوكيل
المكاتب بعجزه ووكيل الماذون بحجره اذا وكل

مطلب م

والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان العزل باطلا الا يري ان المولي لا يملك بنهيه
علي ذلك مع بقا الاذن ذكره الزيلعي قال وكلتك بكذا علي اني متي عزلتك
فانت وكيلي فانه اذا عزله لا ينعزل بل كان وكيلا له وهذا يسمي توكيلا دوريا
واذا اراد ان يعزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك
فانه اذا قال عزلتك كان معزولا نظرا الي ظاهر اللفظ ومنصوبا لوجود الشرط
حيث قال متي عزلتك فانت وكيلي واذا قال ثم عزلتك ينعزل عن الوكالة
الثانية بهذا اللفظ لان متي تفيد عموم الاوقات لا عموم الافعال ولو
قال كلما عزلتك فانت وكيلي لا يكون معزولا بل كلما عزله كان وكيلا لان
كلما تفيد عموم الافعال واذا اراد ان يعزله يقول في عزله رجعت عن الوكالة
المعلقة فاذا رجع عنها لا يبقي لها اثر فيما يقول بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة في لفظ كلما فحينئذ ينعزل كتاب الكفالة
هي لغة الضم مطلقا وشرعا ضم ذمة الي ذمة في مطالبة النفس او المال
او التسليم قال في الهداية والكافي وغيرهما هي ضم ذمة الي ذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاول اصح اقول لا صحة للثاني اصلا لكون الاول اعم
لخروج الكفالة بالنفس عنه مع انهم قسموها بعد التعريف الي الكفالة بالنفس
والمال ثم ان تقسيمهم الكفالة الي قسمين يشعر باختصارها فيهما مع انهم ذكروا
في اثنا المسايل ما يدل علي وجود قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال كما سياتي
ولهذا اخترت تعريفا صحيحا متنا ولا يجمع الاقسام صريحا وركنها الايجاب
اي ايجاب الكفيل بقوله كفلت عن فلان لفلان بكذا والقبول اي قبول
الطالب وهو المكفول له وشرطها مطلقا كون المكفول به نفسا كان

فقال الصدر كونه صحيحا الكفالة بتمييز الكتابة حتى لا تجوز كما سيأتي صح

اوما لا مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص
كما سيأتي وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا كان او مالا
واهلها اهل التبرع بان يكون حرا مكلفا فلا تصح من العبد والصبي والمجنون
لكن العبد يطالب بعد العتق كذا في الخلاصة فالمدعي مكفول له
اذ فايدة الكفالة ترجع اليه والمدعا عليه مكفول عنه ويسمى الاصيل
ايضا والنفس في الكفالة بالنفس او المال في الكفالة بالمال مكفول به
فالمكفول عنه وبه في الكفالة بالنفس واحد ومن لزم عليه المطالبة
كفيل فالكفالة اما بالنفس وان تعددت اي الكفالة بالنفس والنفس
ايضا الاول ان ياخذ منه كفيلا ثم كفيلا اخر والثاني ان تعدد النفوس
المكفول بها فانه جائز كما يجوز بالديون الكثيرة او المال وما يتعلق به
وهو التسليم اما الاولى اي الكفالة بالنفس فتصح بكفلت بنفسه وبما
يعبر به عنها اي عن النفس كالراس والوجه والرقبة والعنق والجسد
والبدن ككفلت براسه ووجهه الى اخره وبجزء شايع ككفلت بنصفه
او ثلثه او ربعه ويصح ايضا بضمنته وبعلي فان على للالزام
فمعناه انا ملتزم تسليمه والي تستعمل في معنى على وانا به زعيم
فان الزعامة هي الكفالة او قيل هو بمعنى الزعيم لا بانا ضامن من معرفته
لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم
واختلف في انا ضامن لتعريفه او على تعريفه كذا في الخلاصة فان عين
وقت التسليم احضره فيه اذا طلبه رعاية لما التزمه كذا اي احضره
ايضا اذا اطلق بان قال انا كفيل بنفسه اذا طلبته اسلمه اليك
او ان طلبته ونحو ذلك او عمم بان قال انا كفيل به كلما طلبته او متى

والمكفول به

ما طالبته اسلمه اليك وان لم يحضره حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق
لازم عليه لكن لا يحبسه اول ما دعي لعله لم يعلم لما ادعي وان غاب
اي المكفول عنه وعلم مكانه امهله اي الحاكم الكفيل مدة ذهابه
وايابه فان مضت ولم يحضر حبسه وان لم يعلم اي مكانه لم يطالب
اي الكفيل به اي المكفول به لانه حاجز وقد صدقه الطالب فكان كالمديون
اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب
تعرف ينظر فان كان له خرجة معروفة يخرج الي موضع للتجارة وقت
فالقول قول الطالب ويومر الكفيل بالذهاب الي ذلك الموضع
لان الظاهر يشهد للطالب والا فالقول قول الكفيل لانه متمسك
بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وان شرط تسليمه في مجلس
القاضي سلمه فيه ولم يجز في غيره وبه يفتي في زماننا لتهاون الناس
في اقامة الحق ذكره الزيلعي وغيره كفل بالنفس الي شهر يطالب بها بعده
يعني لو قال كفلت لك بنفس فلان الي شهر فانه لا يطالبه بتسليم
النفس في هذا الشهر ويطالبه به بعد مضي الشهر قال شمس الايمة
الحلواني هذا يدل علي خلاف ما يظنه العوام فانهم يقولون اذا
قال الرجل بالفارسية لآخر من فلان دابر يك ماه تير قيم ترا نا يك سال انه
يطالبه بتسليم النفس في السنة قبل مضي الاجل ولا يطالبها بتسليمها
بعد مضي الاجل وليس الامر كما يظنون بل الوجوب علي الفلس الا ان يزيدوا
فيقولوا في الكفالة حوكاه بجواهر هو سار برامح يطالبه في السنة
وبعدها كذا في الخلاصة وفيه ايضا والحيلة في سقوط المطالبة ان
يزيد الكفيل في الكفالة فيقول انا كفيل بنفس فلان الي كذا من الاجل

معلوم صح

ثم لا كفالة لك بعد ذلك او انا بري فاذا قال ذلك فانه لا يطلبه في الحال ولا بعد مضي الاجل بريء الكفيل بموت المكفول بموت الكفيل لحصول العجز الكلي عن تسليم المطلوب من الكفيل بعد موته وورثته لم يكفلوا له بشي وانما يخلفونه فيما له فيما عليه ولا تبقى الكفالة باعتبار تركته لامتناع استيفاء النفس من المال بخلاف الكفالة بالمال وبرأ الكفيل بالنفس ايضا بموتها اي النفس المطلوبة لامتناع التسليم ولو كان النفس المكفول بها عبد الكفيل وانما قال هذا دفعا لتوهم ان العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته فان هذا اذا كان على العبد مال مطالب به وكفل بنفسه رجل واما اذا كان المطالب به رقبة العبد فسياتي انه اذا مات واثبت الخصم دعواه ضمن الكفيل قيمته لا اي لا يبرأ الكفيل بموت الطالب بل ورثته او وصيه يطالب الكفيل وبرأ الكفيل ايضا بتسليم الكفيل او مأموره وكيلا كان او رسولا المطلوب او تسليم ذلك اي المطلوب بنفسه الى الطالب متعلق بقوله بتسليمه حيث يمكن مخاصمته متعلق بقوله ايضا يعني اذا سلم الكفيل من كفل به الى الطالب بريء قائلا اي حال كونه قائلا سلمته اليك عن طرف الموكل في صورة تسليم المامور او سلمت نفسي عنه اي عن الكفيل في صورة تسليم المامور نفسه قال قاضي خان لو امر رجلا اجنبيا ليس بمامور سلم المامور به الى الطالب وقال سلمت عن الكفيل ان قبل الطالب بري الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لا يبرأ الكفيل كفل بنفسه على انه ان لم يسلمه غدا فهو ضامن لما عليه من المال ولم يسلمه غدا صحت الكفالتان اي بالنفس والمال يعني رجل له على غيره مائة درهم فكفل آخر بنفسه على الوجه المذكور صحت الكفالتان واذا لم

فاعل التسليم في يخرج ... وان لم يقل ... حتى ... فانا بريء ... او ... فيه عن الطالب صح

قال قاضي خان المكفول بالنفس اذا سلم نفسه الى الكفيل لو قال سلمت نفسي اليك عن الكفيل بري وان لم يقل عن الكفيل لا ... برا الكفيل وكذا الوكيل الكفيل ... رجلا ان يسلم نفسه المكفول به الى الطالب ان قال المامور للطالب سلمت اليك نفسه عن الكفيل برا الكفيل وفي تسليم الاجنبي ... اي مع ما ذكر من قوله عن الكفيل قبول الطالب صح

يوافيه غدا فعليه المايه لانه علق الكفالة بالمال بعد الموافاة وهذا التعليق
صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس
في البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه البايع مع انه ابا به اضيق من
الكفالة فلان يترك هنا ديانتها اوسع لانها من التبرعات اولى وان لم
يات به حتى لزمه المال لا يبرا من الكفالة بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين
فان مات المطلوب ضمن الكفيل المال بحكم الكفالة او مات الكفيل فوارثه
اي يضمن وارثه او مات الطالب فكذا اي طلب وارثه ادعى على رجل مايه
دينار لم يبينها بانها جيده او رديه او اشرفية او افرنجية لتصح الدعوى
فكفل بنفسه اخر على انه لم يسلمه غدا فعليه المايه صحتا اي الكفالتان
عندهما وقال محمد لم تصحا اذ لم تصح الدعوى بلا بيان فلم يجب احضار
النفس لعدم صحة الكفالة بها فلم تصح الكفالة بالمال لابتنائها عليها
ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه فتصح الدعوى على اعتبار
البيان فان بين التحق باصل الدعوى فظهر صحة الكفالة الاولى
فيترتب عليها الثانية والقول له اي للكفيل في البيان اذا اختلفا
في وجوده وعدمه لانه يدعي الصحة لا جبر على اعطا كفيل في حد وقود
مطلقا عنده وعندهما يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد
وفي القود لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى
وله ان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيهما الاستيثاق بخلاف ساير
الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
ولو اعطى جاز لامكان ترتب موجبه عليه وهو المطالبة بالنفس
ولا حبس فيهما اي حد وقود حتى يشهد مستوران او عدل لان

الحبس

الحبس هنا للتهمة وهي تثبت باحدي شرط الشهادة اما العدد او العدالة
بخلاف الحبس في الاموال لان غاية عقوبة فيها فلا تثبت الا بحجة كاملة
واما الثانية اي الكفالة بالمال فتصح ولو جهل المكفول به اذا صح دينا
الدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء احترز به عن بدل الكتابة
وسياتي بكفلت عنه بالف وبمالك عليه وبما يدركك في البيع وهو
يسمي ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق ان يضمن المشتري اذا
استحق المبيع وبما بايعت فلانا اي ما به بعت منه فانه ضامن الثمنه
لا لما اشتريته منه فانه ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما ياتي
وقد مر تمام تحقيقه في كتاب الرهن او ما ذاب لك اي وجب لك عليه
وما في هذه الصورة شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون في
معني التعليق او علقت عطف علي صح دينا بشرط بعني صريح
الشرط والافق الامثلة السابقة معني الشرط ملايم اي مناسب
الكفالة بان يكون شرطا لوجوب الحق نحو ان استحق المبيع او لامكان
الاستيفا نحو ان قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفا
نحو ان غاب زيد وهو المكفول عنه عن المصر فان كلا منها مناسب
للكفالة كالشروط المفهومة من الامثلة المذكورة فانها اسباب
لوجوب المال فتناسب ضم الذمة الي الذمة لا اي لا تصح الكفالة
ان علقت بنحو اي بشرط غير ملايم نحو ان هبت الريح او جا المطر قال
في الهداية لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جا المطر
الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها
بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب

الكافي وقال الزيلعي هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا
يلزمه المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه
مما ليس بملايم ذكره قاضي خان وغيره اقول قوله سهو خطا لان
المذكور في العمادية والاسترو شنية ان الكفالة مما لا تبطل بالشروط
الفاسدة فالظاهر ان فيه روايتين يؤيده ان الصدر الشهيد
نقل مسالة هي ان العبد الماذون اذا لحقه دين وخاف صاحب المال
ان يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال ان اعتقه المولى فانا
ضامن لك بدينك الذي عليه صحت الكفالة ثم تقول هذه المسيلة
دليل على ان تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جايز ولا تصح
ايضا بجهالة المكفول عنه وبجهالة المكفول له الاول نحو ما ذاب
لك على الناس او واحد منهم فعلي والثاني نحو ما ذاب للناس او واحد
منهم عليك فعلي كذا في العمادية ولا بنفس حد وقصاص لما مر
من ان شرطها كون المكفول به مقدور التسليم لانه استحق عليه
الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطي دابة من عنده لا يستحق
الاجر لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة
اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد
للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب
على الموجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه
ولا بالثمن للموكل ورب المال لبيانه اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم
ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حق القبض للوكيل والمضارب
ولهذا لا يبطل بموت الموكل حتى لو مات كان له ان يقبض الثمن وكذا

من الكفيل وهذا ان ليسا كذلك وانما قال بنفس حد وقصاص احترازا عن الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص فانه يجوز كما مر ولا بحمل دابة معينة مستاجرة وخدمة عبد معين مستاجر لعجزه عن التسليم صح

لو نهاه

لو نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حياته لا يعمل نهيه فلو صح الضمان
صار ضامنا لنفسه وانه لا يجوز وللشريك اذا بيع عبد صفقة
يعني باع رجلان عبد الرجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه
حصته من الثمن بطل الضمان لان الصفقة اذا اتحدت فالثمن
يجب لهما مشتركا بينهما ولو صح ضمان احدهما لصاحبه بنصيبه
شائعا صار ضامنا لنفسه وهو باطل ولو صح في نصيب صاحبه خاصة
يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهو باطل لان القسمة تقتضي ان
يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة وهو لا يتصور في
الدين وان باعا العبد صفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه
بعقد على حدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح لان الصفقة اذا
تعددت فما يجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة ولا بالعهدة
لانها اسم مشترك يقع على الصك القديم والعقد وحقوق العقد
والدرك وخيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان ولذا بطل الضمان
ولا بالخلاص عند ابي حنيفة لان معناه عنده تخليص المبيع من المستحق
وتسليمه الى المشتري وهو غير مقدور له وصح عندهما لان معناه
عندهما ضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين بورود الاستحقاق
فيكون كالدرك ولا ببدل الكتابة لانه في معرض الزوال بالعجز
فلا يكون دينا صحيحا ولا عن ميت مفلس يعني اذا مات من عليه
الدين ولم يترك شيئا فكفل عنه للغرماء رجل لم يصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لانه كفل بدين ساقط عن ذمة الاصيل لان الدين عبارة عن اشتغال
الذمة بدين اداوه لكنه مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز

في الحكم

بنفسه وبخلفه فكانت عاقبة الاستيفا فتسقط ضرورة
ولا بلا قبول الطالب في المجلس اي مجلس عقد الكفالة الا في
مسئلة واحدة وهي ان يكفل وارث المريض عنه بغيبة الغرما
بان يقول المريض لورثته او بعضهم تكفلوا عني بما علي من
الدين لغرمايه فضمنوا به مع غيبتهم فانه جايز استحسانا
وان كان القياس ان لا يجوز لان الطالب غايب ولا يتم الضمان
الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته
بان يقضوا دينه ولهذا تصح وان لم يسم المريض الدين وغرمايه
لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح الا اذا
ترك مالا وصحت الكفالة بلا قبول الطالب عند ابي يوسف
وابي حنيفة مطلقا في رواية وفي اخرى اذا بلغه الخبر
واجاز وبه يفتى كذا في تلخيص الجامع الكبير وفي الفتاوى
البزازية واجمعوا انه اي الكفيل اذا قال بطريق الاخبار
بان يقول انا كفيل بما لفلان على فلان جاز كذا في الخلاصة
ولا بالامانات كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال
المضاربة والشركة ولا بالمبيع قبل القبض والمرهون
بعد القبض لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول
به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه
او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والامانات
ليست مضمونة والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه
بل بالثمن كما مر وكذا الرهن ليس بمضمون بنفسه بل يسقط

الدين

الدين اذا هلكت فلا يمكن ايجاب الضمان علي الكفيل في هذه الصور لعدم وجوبه علي
الاصيل وتجوز اي الكفالة بتسليمها اي تسليم الامانات والبيع والرهون
فان كانت قايمة وجب تسليمها وان هلكت لم يجب علي الكفيل شي
كالكفيل هي بالنفس وقيل ان وجب اي تسليمها علي الاصيل كالعارية
والاجارة جازت اي الكفالة به اي بتسليمها والا اي وان لم يجب تسليمها
عليه كالوديعة فلا اي لا تجوز الكفالة بتسليمها وتصح اي الكفالة بالثمن
لانه دين صحيح مضمون علي المشتري والمغصوب والمقبوض علي سوم
الشرا والمبيع بيعا فاسدا فانها مضمونة حتي اذا هلكت عنده يجب
الضمان عليه فامكن ايجابه علي الكفيل وتصح بالخراج لانه دين له مطالب
من جهة العباد فصار كساير الديون بخلاف الزكاة في الاموال
الظاهرة والباطنة لان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله
ولهذا لا يوخذ من تركته الا بوصية والنوايب قيل هي ما يكون بعد موندم
بحق كاجرة الحارث وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز
الجيش وفدا الاساري وقيل هي ما ليس بحق كالجبايات التي في
زماننا ياخذها الظلمة بغير حق فان اريد الاول جاز الكفالة بها
اتفاقا لانه واجب مضمون وان اريد الثاني ففيه اختلاف المشايخ والقسمة
هي النوايب الا ان القسمة ما تكون راتبا والنوايب ليست كذلك
وانما يطلقه الامام عند الحاجة ان لم يكن في بيت المال شي وقيل هي
ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه شخص
لانها واجبة والدرك قد مر بيانه والشجة وهي الجراحة والكفالة بها
ان يقول كفلت بموجبها وهو الارش وقطع الاطراف اذا لم يكن

موجبه القصاص بل الدية اذ الواجب حينئذ مال واجب الادا
قال ادفعه اليك او اقضيه لا يكون كفالة الا ان يذكر ما يدل على
الالتزام او علق قال في الخلاصة وفي فتاوي النسفي لو قال لصاحب الدين
الدين الذي لك على فلان انا ادفعه اليك او اقضيه لا يكون كفالة
ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام بان يقول كفلت او ضمنت او على
او الي اما لو قال تعليقا يكون كفالة نحو ان قال ان لم يؤد فلان
فانا اودي يصح للطالب مطالبة الاصيل مع الكفيل لان مفهوم الكفالة
هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة يقتضي قيام الذمة الاولى لا البراءة عنها
الا اذا شرط البراءة فتكون اي الكفالة حوالة حينئذ اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة
بشرط عدم البراءة اي براءة المحيل كفالة وله ايضا مطالبة احدهما ولو بعد
مطالبة الاخر لان مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا
اختار احد الغاصبين حيث يتضمن التمليك اذ اقتضى الغاصب به فلا
يمكنه التمليك من الثاني كفلت بما لك عليه اي قال كفلت بما لك عليه
فان برهن اي الطالب على الف لزمه اي الالف الكفيل لان الثابت بالبرهان
كالثابت بالعيان والا اي وان لم يبرهن صدق الكفيل فيما يقر به
مع يمينه لانه منكر للزيادة لا الاصيل في الزايد عليه في حق الكفيل يعني
اذا اعترف الاصيل بالزايد على ما اقر به الكفيل لم يصدق على كفيله لانه
اقرار على الغير ولا ولاية له عليه بل يصدق في حق نفسه كفل بامره
يعني يجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبلا امره لاطلاق قوله صلى الله
عليه وسلم الزعيم غارم فاذا كفل بامره وادى رجع عليه اي المكفول له عنه
بما ادى اذا ادى ضمنه لانه قضى دينه بامره فيرجع عليه واذا ادى خلافه

رجع عليه بما ضمن لا بما ادي حتي لو كفل بالجياد وادي الزيوف وتجوز
من له الدراهم رجع بالجياد ولو كفل بالزيوف وادي الجياد رجع عليه
بالزيوف لان رجوع الكفيل بحكم الكفالة فانما يرجع بما ادي اذ لا يجب عليه
شي حتي يملكه بالادا بل كان مقرضا فيرجع بما ادي ولا يطالبه اي
الكفيل المكفول عنه قبل الادا الي المكفول له لانه لا يملك ما في ذمة
المكفول عنه ويملكه بعده فيرجع وبدونه اي بدون امره لم يرجع
بما ادي لانه متبرع فيه وان وصيله اجل اي المكفول عنه بعد العلم لان
كل كفالة انعقدت غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كذا في العناية
قال اضمن لفلان الفاعلي فضمن فادي لم يرجع عليه الا اذا قال عني
كما مر في الكفالة بالنفس فان لزوم اي لازم الطالب الكفيل لطلب
المال لازمه اي الكفيل المكفول عنه فان حبس اي صار الكفيل محبوسا
حبس هو المكفول عنه اذ لم يلحقه ما لحقه الا من جهته فيجازي بمثله
ابرا الطالب الاصيل ان قبل اي الاصيل الابرا بريا اي الاصيل والكفيل معا او
اخره عنه اي الطالب عن الاصيل تاخر عنهما لانه لانه الاصل والكفيل
تابع بلا عكس فيهما لاستلزامه تبعية الاصيل للفرع ولو ابرا اي الطالب
الكفيل فقط بري وان لم يقبل اذ لا دين عليه ليحتاج الي القبول بل عليه المطالبة
وهي تسقط بالابرا ولو وهب الدين له اي الكفيل ان كان غنيا او تصدق
عليه ان كان فقيرا اشترط القبول كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة
الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سقط عليه والكفيل مسلط علي الدين
في الجملة كذا في الكافي وبعده له الرجوع علي الاصيل كذا في التاتارخانية
صالح احدهما من الاصيل والكفيل الطالب عن الف علي خمسماية بريا اي

الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل
فيبرا عن ضمانه وبراته توجب براة الكفيل وان اداها الكفيل
رجع على الاصيل بها اي بجميعها اذا اداها ان كفل بامره اذ بالادا
يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع ولو صالح على جنس
اخر رجع بالالف لانه مبادلة فملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بكله
عليه صالح اي الكفيل عن موجب الكفالة لم يبرا الاصيل لان موجبها
المطالبة وابرا الكفيل عنها لا يوجب براة الاصيل قال الطالب للكفيل
برئت الي من المال الذي كفلت به رجع الكفيل على الاصيل لانه اقرار
بقبض المال من الكفيل اسند البراة الى الكفيل وغياها الى نفسه بقوله
الي والبراة التي ابتداوها من الكفيل وانتهاوها الى الطالب لا يكون الا
بالايفا فكان هذا اقرارا بالقبض منه فيرجع ان كانت الكفالة بامره
وفي ابراتك لا اي لا يرجع لانه ابرا الكفيل برئت لا اقرار منه بالقبض من الكفيل
واختلف في برئت يعني اذا قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الي فهو ابرا عند
عند محمد وعند ابي يوسف اقرار بالقبض هذا كله اذا غاب الطالب وان
كان حاضرا يرجع عليه في البيان لصدور الاجمال عنه لا يصح تعليق
البراة منها اي من الكفالة بالشرط مثل اذا جا غد فانت بري منها لان
في البراة معنى التمليك كالابرا عن الدين وهذا على قول من يقول
بثبوت الدين على الكفيل ظاهر واما على قول من يقول بثبوت
المطالبة لا الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق
وقيل اذا كان الشرط مما لا منفعة فيه للطالب اصلا نحو اذا جا غد لا
يجوز وان كان ملايما متعارفا فيه نفع للطالب يجوز كما اذا كفل بالمال

والنفس

والنفس وقال ان وافيتك به غدا فانك بري من المال فقبل الطالب فوفاه الكفيل في الغد فهو بري من المال كذا في العناية مات الكفيل قبل الاجل حل اي الدين عليه فان ادي وارثه لم يرجع قبل حلوله لان الكفيل التزم الدين موجلا فلو رجعوا بالمعجل وهو اكثر من الموجل في المالية يكون ربا وان مات المطلوب قبل الاجل حل عليه فقط وان ماتا اي الكفيل والمكفول عنه فالطالب ياخذه من اي التركتين شا لان دينه ثابت علي كل واحد منهما كما في حالة الحياة لا يسترد اصيل ما ادي الي الكفيل ليدفعه الي الطالب ولم يعطه طالبه اذا تعلق به حق علي احتمال لحصانة الدين فلا يجوز الاسترداد ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الي الساعي وان ربح اي الكفيل به اي بالمال الذي قبضه الكفيل من المطلوب قبل ان يعطي الطالب طاب له اي الكفيل لانه ملكه بالقبض وكان الربح بدل ملكه وندب رده اي الربح علي قاضيه وهو الاصيل فيما يتعين بالتعيين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضي الاصيل الدين وهو قول ابو حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه امر كفيله ببيع العينة ففعل فالمبيع للكفيل والربح الذي حصل للبايع يكون عليه اي الكفيل لا الامر بيانه ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول لم اشتر من الناس نوعا من الاقمشة ثم بعه فما ربح البايع منك وخسرته انت فعلي وهو ياتي الي تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الي اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فياخذ الدراهم التي اقرضه علي انها ثمن الثوب فيبقي عليه الخمسة عشر قرضا

فاذا فعل ذلك تعقد عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الامر شي
لانه اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله علي انها للوجوب
فلا يجوز كما اذا قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل
بالشرا كما قال بعضهم نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع المشترى
وثمنه ويسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه
بالعينة اي نسية ذكره الزيلعي كفل بما ذاب له او قضي عليه او بما لزمه له اي
كفل رجل عن رجل لرجل بما ذاب له عليه فغاب الاصيل فبرهن المدعي علي
الكفيل ان له علي الاصيل كذا رد اي لم يقبل برهانه علي الكفيل حتي يحضر الغايب
فيقضي عليه لان شرط وجوب المال علي الكفيل القضا بالمال علي الاصيل وهو لم
يوجد لكونه غايبا برهن ان له علي زيد الغايب كذا وهذا كفيله قضي علي الكفيل لان
المدعي ههنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم فانه مقيد بكون المال
مقضيا به علي الاصيل ولو زاد بامره قضي عليهما لان الكفالة بامره تبرع ابتدا معاوضة
انتها وبغير امره تبرع ابتدا وانتها فالقضا باحدهما لا يكون قضا بالاخر فاذا قضي
بها بالامر يثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة
بغير الامر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا تتعدى عنه
وفي الكفالة بالامر يرجع الكفيل بما ادى علي الامر كفالته بالدرك تسليم للمبيع
واقرار منه بانه لا حق له في المبيع حتي لا يجوز بعدها دعوى ملكيته كتب شهادته
في صك كتب فيه باع ملكه او باع بيعا نافذا باتا فانه ايضا تسليم للمبيع واقرار منه
بانه لا حق له في المبيع لا كتب شهادته في صك بيع مطلق فانه لا يكون تسليما
بل تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل علي اقراره بالملك للبايع لان
البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة بخلاف

عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا

ما تقدم

ما تقدم لانه مقيد بما ذكر كتب شهادته على اقرار العاقدين فانه ايضا لا يكون
تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبره ان فلانا باع شيئا كان له ان
يدعيه قال ضمنته لك الى شهر وقال الطالب حال فالقول للضامن يعني اذا
قال الكفيل للطالب ضمنت لك عن فلان الفا الى شهر فلا تطالبني الآن وقال
الطالب هو حال فالقول للكفيل وعكس في لك علي مائة الى شهر اذا قال الآخر
حالة والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين اذ لا دين عليه في الصحيح كما مر مرارا
بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعي عليه المطالبة في الحال وهو
ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة
الى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة لا يؤخذ ضامن الدرك اذا استحق المبيع
قبل القضاء على البائع بالثمن لان البيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق ما لم يقض
بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل قال
لآخر اسلك هذا الطريق فانه امن فسلك واخذ ماله لم
يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن وباقي المسألة
بحالها ضمن وصار الاصل ان المغرور انما يرجع على الغار اذا حصل
الغرور في ضمن المعاوضة او ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا
حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعلها في الدلو فجعلها في الدلو فذهب
من ثقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا في ضمن
العقد بخلاف المسألة الاولى لان ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وههنا
العقد يقتضي السلامة كذا في العمادية **فصل** لهما دين على آخر
فكفل احدهما لصاحبه بنصيبه لم يجز يعني اذا كفل احد الشريكين
لصاحبه بنصيبه من الدين لم يجز لانه لو انصرف الى نصيبه يكون قسمة
الدين وهو باطل ولو انصرف الى الشائع يكون ضامنا لنفسه فلو قضى

تبع الاخر بان اشترى باعيان بالنصف وكفل كل

بحكم الضمان له ان يسترد للاداء بعقد فاسد كما مر ولو ادى متبرعا جاز
لان التبرع لا يتم الا بالقبض وبه يصير عينا ويتميز نصيب شريكه
بصيرورته عينا بفعله كذا في الوجيز شرح الجامع الكبير عليهما
عن الاخر جاز لعدم المانع ولم يرجع على شريكه الا بما ادى زايدا على
النصف لان كلا منهما اصل في النصف وكفيل في النصف الاخر فما
يوديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه
اصالة وبين ما عليه كفالة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة
فقط واما الزايد فينصرف الى ما عليه كفالة ولانه لو وقع في النصف
عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المودى عنه
لان المودى نايبه واداء نايبه كادائه فيودي الى الدور كفلا
بشيء عن رجل بالتعاقب وكفل كل به اي بذلك الشيء عن الاخر بامره يعني
اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه رجلا كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل
كل منهما عن صاحبه بما لزمه من الكفالة اذ الكفالة بالكفيل جايزة فما ادى
احدهما رجع بنصفه على شريكه ثم يرجعا على الاصيل او يرجع هو بالكل
على الاصيل لان ما عليهما مستويان بلا ترجيح اذ الكل كفالة فيكون
المودى شايعا بينهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يودي الى
الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل
بالنصف ثم كفل عن صاحبه فهي كما قبلها اي كالمسالة الاولى في الصحيح
حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف كذا لو كفلا عن
الاصيل بالجميع معا ثم كفل كل عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما
نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع او كفل كل به اي بالجميع متعاقبا ثم كل
عن صاحبه
بالنصف

بالنصف لما ذكر وان ابرا الطالب احدهما احرا الاخر بكله لان ابرا الكفيل
لايوجب براة الاصيل فبقي المال كله علي الاصيل والاخر كفيل عنه بكفله
فياخذه افترقا المفاوضان اي الشريكان شركة مفاوضة اخذ الغريم
اياشا بكل الدين لان كلا منهما كفيل عن الاخر كما سياتي في كتاب الشركة ولا
يرجع حتي يودي اكثر من النصف كما في كفالة الرجلين كاتب عبديه بعقد
فان قال كاتبتكما بالف الي سنة مثلا وكفل كل عن صاحبه جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لانه فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده
باطل وعند الاجتماع اولي فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانه باطل ولهذا
قال بعقد الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان
وهو امكن ههنا بان يجعل كل المال علي كل منهما في حق المولي وحق نفسه
وعتق الاخر معلقا بادايه لان معني قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم
فانتما حران فكانه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق
كل واحد معلقا باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذا الشرط
يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزا فيطالب المولي كلا منهما بجميع
المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادي عتق وعتق الاخر تبعا له كما
في ولد المكاتب فما ادي احدهما رجع علي الاخر بنصفه لاستوايهما ولو
رجع بالكل او لم يرجع بشي انتفا المساواة وان اعتق احدهما قبل ان يوديا
جاز لمصادفته ملكه وبري المعتق عن النصف لانه لم يرض بالمال الا ليكون وسيلة
الي العتق ولم يبق وسيلة فسقط النصف وبقي النصف علي الاخر لان المال
في الحقيقة مقابل برقبتهما حتي يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل علي كل
واحد منهما التصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدي غير موضعهما واذا اعتق

استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما ولهذا انتصف واذا اعتق
المولى احدهما اخذ ايا شا بحصة من لم يعتق اى اخذ العتق فبالكفالة واما اخذ
صاحبه فبالاصالة اعترض عليه بان اخذ العتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة
وهو باطل واجيب بان كلا منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فبقي على
تلك الصفة لان البقا يكون على وصف الثبوت فان اخذ العتق رجع على صاحبه
بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ الاخر لا اي لا يرجع عليه لانه اداه عن نفسه مال
لا يجب على عبد حتى يعتق وهو دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه باقراره او استقرا ضه
او وطئه بشبهة او استهلاك وديعة فانهما لا تظهر في حق المولى بل يؤخذ بها
العبد بعد عتقه حال على من كفل به كفالة مطلقة عن قيد الحلول والتاجيل
لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة لكنه لا يطالب لان ما في يده
لمولاه ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر بخلاف ما اذا كفل بدين موجل
حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بالدين الموجل فان ادى رجع عليه
بعد عتقه لو كفل بامره لان الكفيل بالادا ملك الدين وقام مقام الطالب فلا
مطالبة قبل الحرية ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برى الكفيل
لبراة الاصيل بموته كما اذا كان المكفول بنفسه حرا مات عبد مكفول برقبته فبرهن
انه له عبد ضمن الكفيل قيمته يعني ادعى رجل رقبته عبد فكفل به اخر فمات
العبد واقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته اذ كان على المولى رده
على وجه يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد موته تبقى القيمة على
الاصيل فكذا الكفيل كفل عبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او عكس اي كفل
مولى عبد عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر معنى الاول
ان لا يكون على العبد دين لان امره بتكليفه يصح اذا لم يكن عليه دين مستغرق وان كان

فلا

فلا تتضمنه ابطال حق الغرما واما كفالة المولى عن عبده فتصح مطلقا تصح ح
وان لم يرجعا لان الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستحق
على الاخر دينا فلا تنقلب موجبة بعده كما اذا كفل رجل عن اخر بغير
امره فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع كما مر فكذا هذا ثم
فايدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفا الدين من ساير
امواله وفايدة العكس تعلقه برقبة العبد

كتاب الحوالة

هي لغة اسم بمعنى الاحالة وهي النقل مطلقا نقل الدين من ذمة الى ذمة اي من ذمة وشرعا م
المحيل الى ذمة المحال عليه وانما خصت بالدين لانها نقل شرعي والدين وصف
شرعي يظهر اثره في المطالبة فالنقل الشرعي جاز ان يوثر في الوصف الشرعي
ويتبعه نقل العين الذي هو المبيع المديون محيل والداين محال ومحال له
ومحال له يعني يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة في الاصطلاح ومن يقبلها
اي الحوالة محتال عليه ومحال عليه يعني يطلق عليه ايضا هذان اللفظان
والمال محال به وشرط لصحة الحوالة رضى الكل اما رضا الاول فلان ذوي
الوارث قد ما نتقول بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه
واما رضا الثاني وهو المحتال فلان فيه انتقال حقه الى ذمة اخرى
والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما رضا الثالث وهو المحتال عليه
فلانها التزام الدين ولا لزوم بلا التزام بلا اختلاف الا في الاول حيث قال
في الزيادات الحوالة تصح بلا رضا المحيل لان التزام الدين من المحال عليه
تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع
اذا لم يكن بامره وشرط حضور الثاني يعني لا تصح الحوالة في غيبة المحتال له
الا ان يقبل اي الحوالة فضولي له اي لاجل الغايب كذا في الخانية لا حضور

كما ان البيع الشرعي جاز ان يوثر في الوصف الشرعي
كما ان البيع الشرعي جاز ان يوثر في نقل الملك الذي هو الوصف الشرعي ح

للباقيين اما عدم اشتراط حضور الاول وهو المحيل فبان يقول رجل للداين
لك على فلان اي غلان الف درهم فاحتل بها عليه فرضي الداين فان الحوالة تصح
حتى لا يكون له ان يرجع واما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه
فبان يحيل الداين على رجل غايب ثم علم الغايب فقبل صحت الحوالة كذا في
الخانية واذا تمت اي الحوالة برئ المحيل عن الدين بقبول المحتال والمحتال
عليه لان معنى الحوالة النقل كما مر وهو يقتضي فراغ ذمة الاصيل لان المحال
بعا الشيء الواحد في محلين في زمان واحد ولا يرجع عليه المحتال الا بالتوي لانها
مقيدة بسلامة حقه له لانه مقصود فيرجع عند عدم السلامة وبين التوي
بقوله بموت المحتال عليه مفلسا او حلفه حال كونه منكرا الحوالة ولا بينة عليها لان
العجز عن الوصول الى حقه يتحقق بكل منهما وهو التوي حقيقة وعندهما هذان
وثالث وهو ان يحكم القاضي بافلاسه في حياته تصح اي الحوالة بالدراهم
المودعة يعني اذا اودع رجل الف درهم واحال بها عليه اخر صح لانه اقدر على
التسليم فكانت اولى بالجواز وتصح ايضا بالدراهم المغصوبة اي الدراهم التي
غصبها المحتال عليه من المحيل وبالدين الكاين للمحيل على المحتال عليه
وتبطل اي الحوالة بهلاك الاولى اي الوديعة لتقييد الكفالة بها
لانه ما التزم الادا الا منها او استحقاقها لانه هلكا كما وبرا المودع
ويعود الدين على المحيل وتبطل ايضا باستحقاق الثانية اي الدراهم المغصوبة لعدم
ما يخلفها ويبرا الغاصب ويعود الدين لا بهلاكها اي لا تبطل الحوالة بهلاك
الثانية اذ كان فيه اي في هلاكه وفاء اي ما بقي بما له الحوالة ويكون الضمان
قايما مقام المغصوبة وفيهما اي في هذه الصور المعدودة لا يطالب المحيل
المحتال عليه بالعين او الدين الذين قيدت الحوالة بهما لتعلق حق المحتال به

بهما

بهما وفيهما اي في هذه الصور المعدودة لا يطالب المحيل المحتال عليه بالعين
او الدين الذين قيدت الحوالة بهما لتعلق حق المحتال بهما ولا يقدر
المحتال عليه ايضا ان يدفعها الى المحيل يعني كما لا يملك المحيل مطالبة
المحتال عليه لا يملك المحتال عليه ايضا ان يدفعها الى المحيل حتى لو دفع
صار ضامنا للمحتال له لانه استهلك ما تعلق به المحتال له مع ان المحتال اسوة
لغرما المحيل بعد موته يعني ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال
كان ينبغي ان لا يكون المحتال اسوة لغرما المحيل بعد موته كما في الرهن مع
انه اسوة لهم لان العين الذي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له عليه
لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا او ظاهرا ولا رقبة لان الحوالة
ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرما واما المرتهن فملك المرهون
يدا او حبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا
يكون لغيره او يشاركه فيه بخلاف الحوالة ⁂ المطلقة اعلم ان الحوالة اما
مطلقة او مقيدة اما المطلقة فهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين
ولا في يده عين له واما المقيدة فهي ان يكون للمحيل مال عند المحتال
عليه من وديعة او غصب او عليه دين فقال احلت الطالب عليك
بالالف الذي له علي ان تؤديها من المال الذي لي عليك وقبل المحتال عليه
فلما بين حكم المقيدة اراد ان يبين حكم المطلقة بانه مخالف له حيث
يطالبه فيها المحيل المحتال عليه بالعين او الدين ويقدر بل حقه في
ذمة المحتال عليه وفي ذمة سعة لا تبطل باخذ ما عنده من العين
كالمغصوب والوديعة او عليه من الدين سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة
اما الاول فلان الاطلاق ينافي تعلق الحق بخصوصيات ما عنده او عليه

له على المحتال عليه ولا بعين له في يده او يحيله على رجل ليس له عليه دين م

المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده او عليه م

والمبطل تعلقه واما الثاني فلان المحيل ليس له حق الاخذ من المحتال فان دفع
اليه المحتال عليه فقد دفع ماتعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه
لا يقبل قول المحيل احلت بدين لي عليك المحتال عليه اذا طلب مثل ما احال
يعني رجل احال رجلا على اخر بالف فدفعه المحال عليه الى المحتال ثم طلب
الدافع الالف من المحيل فقال المحيل احلت بالف لي عليك والمحتال عليه انكره
فالقول له لا للمحيل ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه
بالدين عليه ولا قبوله الحوالة دليلا على ان عليه دينا لان الحوالة تصح وان
لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ولا قول المحتال للمحيل اذا طالبه احلتني
بدين لي عليك يعني اذا قال المحيل للمحتال اعطني ما قبضته من فلان
فاني احلتك لتقبضه لي وكنت وكيلي في قبضه فقال المحتال احلتني
بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر
فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه
عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة
يستعمل في الوكالة ولا يجبر المحتال اذا ادى المحيل فلم يقبل
لا حتما لعود المطالبة الى المحيل بالتوى احال غريمه على رجل
على ان يعطيه من ثمن داره اي دار المحتال عليه فقبل صحت
الحوالة لانه احال بما يقدر على ايفائه لانه يملك بيعها ولا يجبر
على البيع لعدم وجوب الادا قبل البيع ولو باع يجبر على الادا
لتحقق الوجوب ولو احال على ان يعطي من ثمن دار المحيل لا لانه
لا يصح لانه لا يقدر على بيعها الا اذا اثره بالبيع فحينئذ يصح
لوجود القدرة على البيع والادا جاع بشرط ان يحيل على المشتري
بالثمن

بالثمن غريما له اي للبائع فبطل البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه نفع للبائع ولو باع بشرط ان يحتال بالثمن
صح لانه يؤكد موجب العقد اذ الحوالة في العادة يكون
بملي الاملا والاحسن قضا فصار كشرط الجودة كره السفتجة
بضم السين وفتح التا واحدة السفاتج تعريب سفته وهي شي
محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع
الى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد اخر ليستفيد
به سقوط خطر الطريق

كتاب

المضاربة وجه المناسبة بين الكتابين وجود معنى نقل المال
في الحوالة والمضاربة في الجملة هي لغة مفاعلة من الضرب
في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد بها لان المضارب
يسير في الارض غالبا لطلب الربح وشرعا عقد شركة في الربح
بمال من رجل وعمل من اخر وركنها الايجاب بان يقول
رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة
او اخذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى بيننا نصفان
او نحو ذلك من الفاظ تنعقد بها المضاربة والقبول بان يقول
المضارب قبلت ونحوه وحكمها انواع الاول انها ايداع
اولا لان قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة او الوثيقة
بخلاف المقبوض على سوم الشرا لانه قبضه بدلا وبخلاف
الرهن لانه قبضه وثيقة وتوكيل عند عمله لانه يتصرف
فيه له بامره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال

وشركة ان ربح لانه يحصل بالمال والعمل فيشتركان فيه وغصب
ان خالف لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا ولو وصليه
اجاز بعده اي المضارب اذا اشترى ما نهى عنه ثم باعه وتصرف
فيه ثم اجاز رب المال لم يجز وكذلك المستبضع واجارة
فاسدة ان فسدت فان الواجب للمضارب فيها اجر المثل كالاجارة
الفاسدة وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض
بالعمل مجانا فيجب اجر المثل فلا ربح لانه حينئذ يكون في المضاربة الصحيحة
ولما فسدت صار اجارة بل اجر عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة
مطلقا اي سواء ربح او لا بلا زيادة على المشروط كما هو حكم الاجارة
الفاسدة وقد مر ولا ضمان فيها اي المضاربة الفاسدة كالصحيحة
لانه امين فلا يكون ضمينا واما دفع المال الاخر وشرط الربح
للمالك فبضاعة وشرطه للعامل فقرض وانما غير اسلوب
الوقاية حيث لم يعد البضاعة والقرض في سلك الايداع
وغيره بما يرد عليه من قول الشريعة ان المضاربة اذا كانت
عقد شركة في الربح فكيف يكون بضاعة او قرضا وشرطها
ستة الاول كون راس المال من الاثمان فلا تصح الا بما تصح به
الشركة لانها تصير شركة بحصول الربح فلا بد من مال تصح به
الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة كما سياتي
ولو دفع عرضا وامره ببيعه وعمل مضاربة في ثمنه فقبل صح لانه
لم يضف المضاربة الى العرض الى ثمنه وهو مما تصح به المضاربة
والاضافة الى المستقبل تجوز لانها وكالة او وديعة او اجارة

فلا

فلا يمنع شي منها الاضافة اليه والثاني كونه عينا لا دينا لان المضارب امين ابتدا
ولا يتصور كونه امينا فيما عليه من الدين فلو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة
بالنصف لم يجز بخلاف ما لو كان له دين علي ثالث فقال اقبض مالي علي فلان واعمل به
مضاربة حيث يجوز لانه اضاف المضاربة الي زمان القبض والدين فيه يصير عينا
وهو يصح ان يكون راس المال والثالث تسليمه الي المضارب حتي لا يبقي لرب المال
فيه يد لان المال يكون امانة عنده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة
لان المال في المضاربة في احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فلا بد ان يخلص
المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه واما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط
خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة لانتفا شرطها وهو العمل منهما
فشرط العمل علي رب المال يفسدها اي اذ شرط ان يعمل المالك مع المضارب
فسد المضاربة لان هذا الشرط يمنع من تسليم المال الي المضارب والتخلية بين
المال والمضارب شرط صحة العقد فما يباه كان مفسدا ضرورة والرابع كون راس
المال معلوما لئلا يقع في المنازعة تسمية بان يعقدا علي قدر معين من مال
تصح به الشركة او اشارة كما اذا دفع مضاربة الي رجل دراهم لا يعرف قدرها
فانه يجوز فيكون القول في قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك
والخامس كون نصيب المضارب من الربح معلوما عنده اي عند العقد لان الربح
هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد والسادس شيوع بينهما
بحيث لا يستحق احدهما دراهم مسماة لقطعه الشركة في الربح لاحتمال
ان لا يحصل من الربح الا قدر ما شرط له واذا انتفي الشركة في الربح لا تتحقق المضاربة
لانها جوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة في الربح فيقتصر علي مورد
النص فتفسد بشرط زيادة قدر معين لاحدهما فله اجر مثله لانه لم يرض بالعمل

الربح

مجانا ولا سبيل الى المسمى المشروط للفساد فيصار الى اجر المثل ضرورة والربح
لرب المال لانه نماء ملكه كذا اي يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة
الربح كما لو قال لك نصف الربح او ثلثه او ربعه لما مر ان الربح هو المعقود
عليه فجهالته تفسد العقد وغيره لا اى لا غير ذلك من الشروط الفاسدة
لا تفسد المضاربة بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب لانها
جزؤها لك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زايد لا يوجب
قطع الشركة في الربح والجهالة فيه فلا تفسد المضاربة لانها لا تفسد
بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل
بالشروط كالهبة واذا صحت فله اي للمضارب في مطلقها وهو ما لم
يقيد بزمان او مكان او نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك
هذا المال مضاربة ولم يزد عليه البيع مطلقا اي بنقد ونسيئة الا
با اجل لم يعهد عند التجارة كعشرين سنة وله ايضا الشرا والتوكيل
بهما اي بالبيع والشرا والسفر والابضاع وهو دفع المال بضاعة ولو
لرب المال وسياتي انه لا يبطل المضاربة والايداع والرهن والارتهان
والاستيجار والاحتيال اي قبول الحوالة بالثمن مطلقا اي على الايسر
والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار لا المضاربة عطف على البيع في قوله
فله في مطلقها البيع اي ليس له فيه ان يضارب مع الاجنبي الا باذن او باعمل برايك
لان الشي لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك التوكيل بخلاف
المستعير والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف
نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة
والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التصريح به

او التفويض

او التفويض العام اليه والايداع والابضاع دون المضاربة فتتضمنهما
ولا يفيدان اي الاذن واعمل برايك في الاقراض والاستدانة نحو ان
يشتري باكثر من مال المضاربة بل يجب التصريح بهما لانهما ليسا
من صنيع التجار ولا يحصل بهما الغرض وهو الربح اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم
وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول وفرع على الاستدانة
بقوله فلو شرى بها اي المضاربة ثوبا وقصر بالما او حمل متاع المضاربة
من موضع الى اخر بالمائة لها بعد ذلك القول كان متطوعا لانه استدان
في حق المالك بلا اذنه وانما قال بالما لانه اذا قصر بالنشا فحكمه حكم
الصبغ وان صبغه احمر شركه بما زاد ودخل في اعمل برايك انما قال احمر
لانه اذا صبغه اسود لم يدخل تحت اعمل برايك عند ابي حنيفة لما مر
ان السواد عيب عنده بخلاف ساير الالوان كالخلط اي خلط مال المضاربة
بمال نفسه فلا يضمن اي اذا دخل في اعمل برايك لا يضمن المضارب بهما
اي بصبغه احمر او بالخلط لانه ما فعل (فعل) باذنه وله حصة صبغه ان بيع
وحصة الثوب في مالها يعني يصير المضارب شريكا في الثوب بقدر ماله
من الصبغ فاذا بيع الثوب كان حصة قيمة الصبغ في الثوب للمضارب
وحصة الثوب الابيض من مال المضاربة ولا يجاوز عطف على قوله لا المضاربة
اي ليس له في مطلقها تجاوز بلدا او سلعة او وقتا او شخص عينه المالك
لانه لا يملك التصرف الا بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهو التقييد
مفيد لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات
والاشخاص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرج من تلك البلدة
الا انه لا يمكن ان يتصرف بنفسه في هذا المال في غير هذا البلد فلا يمكن

ان يستعين بغيره ايضا فان تجاوز بان خرج الي غير ذلك البلد او اشتري
سلعة غير ما عينه او في وقت غير ما عينه او باع من غير ما عينه ضمنه
وكان ذلك له وله ربحه وعليه خسرانه لانه تصرف في غير ماله بغير
امره وان لم يتصرف فيه حتي رده الي البلد الذي عينه بري من الضمان لانه
امين خالف ثم عاد الي الوفاق ورجع المال مضاربة علي حاله لان المال باق في يده
بالعقد السابق ولا اي ليس له ايضا تزويج قن من مالها وعن ابي يوسف انه يزوج
الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وبسقوط النفقة من مال
المضاربة ولهما انه ليس له من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة
فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق علي ضعف قيمته ولا شرا
من يعتق علي رب المال بقرابة او يمين بان قال ان ملكته فهو حر لان
المضاربة اذ يتم بتصرف يحصل به الربح وهذا انما يكون بشرا ما يمكنه بيعه
وهذا ليس كذلك ولا من يعتق عليه اي المضارب ان كان في المال ربح لان نصيبه
يعتق عليه فيفسد نصيب رب المال فان فعل اي اشتري به من يعتق
علي واحد منهما صار اي شراوه لنفسه دون المضاربة ممن وجد نفاذا
علي المشتري ينفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف وان لم يكن ربح صح
اي شرا من يعتق عليه لانتفا المفسد فان ظهر اي الربح بزيادة قيمته
بعد الشرا عتق حقه اي المضارب من العبد لانه ملك قريبه
ولم يضمن للمالك شيا لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه بل
بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كالوارث مع غيره بان اشترت
امراة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج واخا عتق نصيب الزوج
ولا يضمن شيا لاخيها لعدم الصنع منه وسعي العبد في قيمة نصيب

المالك

المالك من العبد لاحتباس ماليته عنده معه اي مع المضارب
الف بالنصف فاشترى به امة قيمتها الف فوطيها فولدت ولدا مسا
الفا فادعاه حال كونه موسرا فبلغت قيمته الفا وخمسماية سعى للمالك بالف
وربعه او اعتقه اي ان شا المالك استسعى الغلام في الف ومايتين
وخمسين وان شا اعتقه فان قبض اي للمالك الالف من الغلام
ضمن اي المدعي نصف قيمتها اي الامة وذلك لان دعوى المضارب
وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها
البايع له ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ
هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذ كل واحدة من الجارية
وولدها مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال
المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحدة منها لا يزيد على راس
المال لا يظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فحينئذ
لم يكن نصيب المضارب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف
فلا تنفذ دعوته فاذا ازدادت قيمته وصارت الفا وخمسماية
ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فتنفذ دعوته لوجود
شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ
اعتاقه السابق لانه انشا فاذا ابطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه
واما الدعوة فاخبار فاذا رد لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة
فاخبار فاذا رد في حق غيره ~~فهو باق في حق غيره~~ فهو باق في حق نفسه فاذا
ملك بعد ذلك صار حرا باب المضارب يضارب
بلا اذن اي دفع المضارب المال الى غيره مضاربة بلا اذن المالك لم يضمن بالدفع

نفذت دعوته كما اذا
اخبر بحرية عبد الغير
ورد اخباره فاذا ملكه

مالم يعمل الثاني واذا عمل ضمن الدافع ربح الثاني اولا وهو قولهما رح وظاهر الرواية عنه وفي رواية لم يضمن مالم يربح وهو رواية ابن الحسن عنه لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل مالم يربح فاذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في صيرورة المال مضمونا وهذا اذا كانت المضاربة الثانية لانه اجير فيه والاجير لا يستحق شيا من الربح فلا يثبت الشركة له بل له اجر مثله على المضارب الاول وللاول ما شرط له من الربح وان اذن اي المالك فدفع بالثلث ونصرف الثاني وربح وقيل لما رزقه الله تعالى فبيننا نصفان يعني بعد ما دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث ونصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على انما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثاني الثلث لان دفع الاول الى الثاني مضاربة صحيح حيث كان باذن المالك الا ان المالك شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وما رزقه الله تعالى جميع الربح فكان له نصف جميع الربح فلا يكون للمضارب الاول ان يوجب شيا من ذلك لغيره بل ما وجب للثاني وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة فبقي له السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل الثاني وقع له كمن استاجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الخياط من يخيطه بنصف درهم طاب للاول الفضل كذا هذا ولو قيل ما رزقك الله فهو بيننا رح

٤١١٧

نصفان فلكل ثلثه اي للمضارب الثاني الثلث والثلثان بين
المضارب الاول وبين رب المال نصفان لان المالك ما شرط لنفسه
نصف جميع الربح بل نصف ما يحصل للاول من الربح فاستحق الثاني
جميع ما شرط له وما وراء ذلك جميع ما شرط ما حصل للمضارب الاول
والمالك شرط لنفسه نصف ذلك ولذا كان الباقي بينهما ولو قيل
ما ربحت من شي فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف
فللثاني نصف ولهما اي الاول والمالك نصف لان الاول شرط
للثاني نصف جميع الربح وهو ماذون فيه من جهة المالك فاستحقه
والمالك شرط لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول الا النصف
فكان بينهما ولو قيل ما رزق الله تعالى على نصفه او قال ما كان من فضل
فبيني وبينك نصفان وقد اي اخر مضاربة بالنصف فنصف للمالك
ونصف للثاني ولا شي للاول لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف
شرط الاول النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شي للاول
لانه جعل ما كان له للثاني كمن استاجر اجيرا ليخيط ثوبا بدرهم فاستا جر
الاجير من يخيطه له بدرهم فانه لا يسلم للاول شي حيث عقد على جميع
حقه ولو شرط للثاني ثلثيه اي للمضارب الثاني ثلثي الربح فللمالك
واما المضارب الثاني النصفان ويضمن المضارب الاول للثاني السدس
من الربح لانه شرط للثاني شيا استحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ
في حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لانه التزم السلامة فاذا
لم يسلم رجع عليه كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر
الاجير رجلا اخر ليخيط بدرهم ونصف فانه يضمن له زيادة الاجر

صح شرطه للمالك ثلثا ولعبده اي عبد المالك ثلثا ليعمل معه اي
مع المضارب ولنفسه ثلثا لانه اشتراط العمل على العبد لا يمنع
التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان
ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يلي المولى لاخذ ما اودعه
العبد وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط
العمل على المالك لانه يمنع التخلية فيمنع الصحة واذا صحت كان
ثلث الربح للمضارب لان الشرط بعد العقد والثلثان للمالك
ان لم يكن على العبد دين لان ما شرط للعبد فلسيده وان كان عليه
دين فللغرما وتبطل اي المضاربة بموت احدهما اي المالك او المضارب
لانها توكيل وموت الوكيل او الموكل يبطل الوكالة ولحوق المالك
بدار الحرب مرتدا وحكم القاضي به لانه كالموت لا لحوق المضارب بها
لان تصرفاته انما توقفت بالنظر الى ملكه ولا ملك له في مال المضاربة
وله عبارة صحيحة فلا توقف في ملك المالك فبقيت المضاربة على
حالها ولا تبطل بالدفع الى المالك بضاعة او مضاربة فان قيل ينبغي
ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون
للمالك وقد اعتبر في مفهومه الشركة في الربح وشرط كونه مشاعا
بينهما قلنا العقد اذا صح ابتدا باعتبار شيوع الربح بينهما لا يبطل
بتخصيص احدهما بالربح وعند زفر تبطل وينعزل اي المضارب
بعزله اي عزل المالك اياه ان علم عزله لانه وكيل من جهته فيشترط
علمه بعزله كما مر في الوكالة واذا علم والمال عروض يبيعها ولا ينعزل
عنه لان له حقا في الربح ولا يظهر ذلك الا بالنقد فيثبت له حق

البيع

تمنع التخلية

البيع ليظهر ذلك ولا يتصرف في ثمنها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر ولا
حاجة اليه بعد النقد ولا في نقد من جنس راس المال لانه معزول في حقه وبيدله
خلافه اي اذا عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس راس المال
فليس له ان يبيعه بجنس راس المال قياسا لان النقدين جنس واحد
من حيث الثمنية وفي الاستحسان له ذلك لان الواجب على المضارب ان يرد مثل
راس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه ضرورة افترقا
اي المضارب والمالك وفي المال دين وربح لزمه اي المضارب طلبه لانه كالاجير
والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على تمام عمله كما في الاجارة
المحضة كالدلال فانه يعمل بالاجرة والسمسار وهو الذي يجلب اليه
العروض والحيوانات ليبيعها باجر من غير ان يستاجر فهو ايضا
يعمل بالاجرة ويجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم
العادة فيجبران على طلب الثمن وبلا ربح لا اي ان لم يكن في
المال ربح لم يلزم المضارب طلبه لانه وكيل محض ومتبرع ولا
جبر على المتبرع ويوكل اي المضارب المالك به اي بالطالب
لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد والمالك ليس بعاقد فلا يتمكن من
الطلب الا بتوكيل فيومر بالتوكيل لئلا يضيع حقه كذا سائر الوكلا
اي كل وكيل بالبيع اذا امتنع عن التقاضي لا يجبر عليه بل يجبر على ان يحيل
صاحب المال ولا يضيع حقه الهالك من الربح يعني ان ما هلك من
مال المضاربة من الربح دون راس المال والهلاك يصرف الى التبع
لا الى الاصل كما يصرف الهلاك في مال الزكاة الى العفو لا النصاب
فان زاد اي ان زاد الهلاك على الربح لم يضمن المضارب لانه امين

فلا يكون ضمينا فقسم الربح والعقد باق وهلك المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ راس ماله يعني اقتسما المالك الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك راس ماله لان الاصل ان القسمة لا تصح حتى يستوفي المالك راس ماله لان الربح زيادة على الاصل وهي لا تكون الا بعد سلامة الاصل واذا هلك ما في يد المضارب امانة ظهر انه ما اخذه من راس المال فيضمن المضارب ما اخذه لانه اخذه لنفسه وما اخذه المالك محسوب من راس المال واذا استوفي راس المال فما فضل يقسم بينهما لانه ربح وما نقص لم يضمن المضارب لانه امين وان اقتسما اي الربح وفسخا هي اي المضاربة ثم عقدا عقدا آخر فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في العقد الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر نفقة مضارب في الحضر من ماله جرة كدوابه فانه اذا مرض كان دواه من ماله سواء كان في السفر او الحضر لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه بل هو ساكن بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس فلم يوجد فكان في ماله وفي السفر طعامه وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن اذا احتيج اليه وركوبه كرا او شرا وعلفه من مالها اي مال المضاربة فانه اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجب النفقة في مالها لاجل الاحتباس به بالمعروف اي غير زايد على الحاجة الاصلية ولا ناقص عنها وضمن الزايد على المعروف ورد الباقي من الطعام وغيره بعد الاقامة الى مالها اي مال المضاربة لتمام الحاجة وما دون سفر يغدو اليه ولا يبيت باهله كالسفر والاقل لان ربح

المضارب

وقف لله تعالى

المضارب اخذ رب المال من الربح قدر النفقة اي قدر ما انفق المضارب من راس المال
حتى يتم راس ماله فاذا فضل شي قسم بينهما وان رابح اي باع المضارب متاع المضاربة
مرابحة حسب نفقته اي ما انفق على المتاع من اجرة الحمل واجر القصار والدلال
والسمسار لان هذه الاشيا تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال
في بيع المرابحة لا اي لا يحسب نفقة نفسه في سفره وتقلباته في
المال لانهم لا يتعارفون ذلك ولا يزيد ايضا في قيمة المتاع معه
اي مع المضاربة الف بالنصف فاشترى بزا فباعه بالفين واشترى بهما
اي بالالفين عبدا لم ينقد الالفين فضاعا اي الالفان عنده اي المضارب
غرم المضارب خمسماية والمالك الباقي وهو الف وخمسماية وربع العبد
للمضارب وباقيه وهو ثلاثة ارباعه لها اي للمضاربة وراس المال الفان وخمسماية
لان المال لما صار الفين ظهر ربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب
المضارب منه خمسماية فاذا اشترى بالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما
فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان
عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب
وهو خمسماية وثلاثة ارباعه على المالك وهو الف وخمسماية فنصيب
المضارب خرج من المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة
وبينهما تناف ونصيب المالك على المضاربة لعدم ما ينافيها ورابح على
الفين فقط يعني لا يبيع العبد مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بهما فلو بيع
اي العبد بضعفهما وهو اربعة الاف فحصتها اي حصة المضاربة ثلاثة الاف
فالالفان وخمسماية منها راس المال والربح منها خمسماية بينهما نصفان
شرا من المالك عبدا بالف اشتراه بنصفه رابح بنصفه لا بتمام الالف لان بيعه

قوله ثلثا الف لا ولا للمضارب فيه

٤٢٣

من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب
فلا يجوز بنا المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة
فيبتني على ما اشتراه به المالك فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه ولو كان
بالعكس يبيعه مرابحة بخمسماية لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم
لما ذكر فتبتني المرابحة على ما اشترى به المضارب كانه اشتراه له وناوله اياه
بلا بيع شرى بالفها عبدا يعدل الفين فقتل رجلا خطا فامرا بالدفع
او الفدا فان دفعا العبد انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما
بلا بدل وان فديا خرج العبد عن المضاربة اما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر
فصار كالقسمة واما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزايل عن ملكهما
اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفدا صار كانهما اشتريا ثم الفدا عليهما بالارباع
فربع الفدا عليه اي المضارب وباقيه وهو ثلاثة الارباع على المالك لان الفدا مؤنة
الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا لان المال اذا صار عينا
واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والالف للمالك براس ماله واذا فديا صار
العبد لهما وخرج عنهما اي المضاربة فيخدم المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام
بقدر حقهما شرى عبدا بالفها وهلك الالف قبل نقده دفع المالك
ثمنه ثم وثم اي كلما هلك الالف دفع المالك الغا الي ما لا يتناهي وجميع ما دفع
راس ماله فرق بينهما وبين الوكيل بين هذا بشرا عبد بعينه بالف دفع اليه فاشترى
فهلك الالف قبل ان ينقده للبايع فان له ان يرجع على الموكل مرة فقط
بان المال في يد المضارب امانة للامر والاستيفا انما يكون بقبض مضمون
فلو حمل قبضه على الاستيفا صار ضامنا وهو بنا في الامانة فحمل قبضه ثانيا
على وجه الامانة لا الاستيفا فاذا هلك كان الهلاك على المالك بخلاف الوكيل

لامكان

لامكان جعله مستوفيا لان الضمان لاينافي الوكالة فان الغاصب اذا توكل
ببيع المغصوب جاز حتى اذا هلك في يده بعد ما صار وكيلا ضمن فاذا اشتري
العبد بالالف وجب للبايع على الوكيل الثمن ووجب للوكيل على الموكل مثله فاذا استوفي
حقه من الموكل حمل قبضه على جهة الاستيفا لا الامانة فاذا استوفا مرة لم يبق
الحق اصلا فاذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لا محالة معه الفان فقال دفعت
الفا وربحت الفا وقال له المالك دفعت الفين او ادعي المضارب العموم او قال
ما عينت لي تجارة والمالك ادعي الخصوص يعني في الصورتين الاخيرتين فالقول
للمضارب اما في الاولي فلان حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض والقابض احق
بمعرفة مقداره لا استصحابه المال وفي مثله القول للقابض ضمينا كان
او امينا وان برهن على ما ادعي من الفضل قبل لان رب المال يدعي فضلا في راس
ماله والمضارب فضلا في الربح والبينات للاثبات واما في الاخيرتين فلان الاصل
فيهما العموم والقول لمن تمسك بالاصل ولو ادعي كل نوعا فللمالك اي القول له
لاتفاقهما على الخصوص فاعتبر قول من يستفاد الاذن من جهته اولي والبينة
للمضارب لاحتياجه الي نفي الضمان كما لو قال من معه الف هي مضاربة زيد
وقد ربح وقال زيد بضاعة حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوي الربح
او دعوي تقوم بعمل المضارب او كما قال من معه الف هو قرض وقال زيد بضاعة
او وديعة حيث يصدق زيد مع اليمين لانه ينكر دعوي التملك ولو وقتا وقتا
بان قال رب المال دفعت اليك في رمضان وقال المضارب دفعت في شوال
فصاحب الوقت الاخير اولي لان الاخير يفسخ الاول

كتاب الشركة

لا يخفا وجه المناسبة بين الكتابين هي اختلاط شي بشي ومنه الشركة
بالتحريك حبالة الصياد لان فيه اختلاط بعضه جبلة بالبعض ثم اطلقت على العقد

مجازا لكونه سببا له ثم صارت حقيقة عرفية وهي اما شركة ملك وهي ان يملك
عينا بارث او شرا او اتهاب او استيلاء على مال حربي او اختلاط مالهما بلا
صنع من احدهما او خلطهما حتى تعذر التمييز كالحنط بالحنطة والشعير بالشعير او تعسر م
ونحو ذلك او تعسر كالحنطة بالشعير ونحو ذلك وكل اجنبي في مال صاحبه
حتى لا يجوز له التصرف فيه الا باذنه كمال للاجانب فصح له بيع حظه اي
نصيبه من المال ولو من غير شريكه بلا اذنه يعني يجوز بيع احد الشريكين نصيبه
من المال من شريكه ومن غيره بلا اذن شريكه الا في صورة الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز الا باذنه والفرق ان خلط الجنس بالجنس بصفة التعدي سبب
لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط واذا حصل بغير تعدي حصل سبب
الزوال من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهم زايلا عن الشريك في حق واحد م
البيع من غير الشريك فلا يجوز الا برضا الشريك غير زايل في حق البيع من
الشريك عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك
اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تمليك معتق البعض للشريك
لا الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جايزة واما شركة عقد عطف على قوله
اما شركة ملك وركنها الايجاب بان يقول احدهما شاركتك في كذا او في عامة
التجارات والقبول بان يقول الاخر قبلت فانها عقد من العقود الشرعية
فلا بد لها من ركن كسايرها وشرطها كون المعقود عليه اي التصرف الذي
عقد الشركة عليه قابلا للوكالة ليقع ما يحصله كل منهما مشتركا بينهما
فيحصل لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل
التوكيل كالاحتطاب ونحوه من المباحات فان التوكيل لا يصح فيه فلما يكتسبه يكون
له خاصة وعدم ما يقطعها اي الشركة كشرط دراهم مسماة من الربح لاحدهما

فانه

فانه يقطع الشركة في الربح لاحتمال ان لا يبقي بعد هذه الدراهم المسماة ربح
يشتركان فيه وهي اي شركة العقد ثلاثة الاول شركة بالاموال والثاني شركة
بالاعمال وتسمي هذه اصطلاحا شركة الصنايع وشركة التقبل وشركة الابدان ووجه
التسمية ظاهر والثالث شركة الوجوه قال في الهدايه ثم هي علي اربعة اوجه
مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه وتبعه صاحب الكافي
وقال في غاية البيان هذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنايع
وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة والاولي في التقسيم ما ذكره الشيخان
ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي في مختصريهما بقولهما الشركة علي
ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل واحدة علي
وجهين مفاوضة وعنان وفي الهدايه اشارة الي هذا حيث قال في بيان
شركة الوجوه وانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في
الابدان واذا اطلقت تكون عنانا فلما عثرت علي هذا اخترته وبينته علي
طبق غاية البيان فقلت وكل منهما اما مفاوضة هي بمعني المساواة سمي هذا
العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه كما سياتي او عنان
ماخوذ من قولهم عن اي اعرض سمي هذا العقد به لما قال ابن السكيت كانه
عن لهما شي فاشتركا فيه او من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي
لان كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الي صاحبه اما المفاوضة
في الشركة بالاموال فبان تضمنت وكالة اي يكون كل منهما وكيلا للاخر
ليتحقق المقصود وهو الشركة في الشري لانه لا يقدر ان يدخل في ملك
صاحبه الا بالوكالة منه لعدم ولايته عليه لا يقال قد مر ان الوكالة بالمجهول
لا يجوز قصدا ويجوز ضمنا كما مر في المضاربة وكفالة بان يكون كل منهما كفيلا

عنان ككتاب

للاخر لتحقق المساواة بينهما وطلب كل منهما فيما باشره احدهما لا يقال
قد مر ان الكفالة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت
هنا مع جهالته لانا نقول قد مر ايضا ان الفتوى على صحتها ولو سلم
فذلك في الكفيل القصدي وهنا ضمني كالوكالة وثانيا وبان الشريكان
ما لا يغني ما لا تصح به الشركة كما سيأتي بخلاف العروض والعقار حيث
لا يضرها التفاضل فيهما وتصرفا بان يقدر احدهما على جميع ما يقدر عليه
الاخر من التصرفات والافات يعني المساواة فلا تصح تفريع على قوله
وكفالة من عبدين وصبيين ومكاتبين فانهم ليسوا باهل الكفالة ولا بين
حر ومملوك وصبي وبالغ ومسلم وذمي تفريع على قوله تصرفا فان الحر البالغ
يستقل بالتصرف والكفالة والعبد لا يملك شيا منهما الا باذن مولاه والصبي
لا يملك الكفالة ولو اذن له الولي ويملك التصرف باذنه والكافر اذا اشترى
خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه
شريكه لكونه وكيلا في البيع والشرا وكذا المسلم لا يقدر على شرايهما كما يقدر
الكافر عليهما ومن بينا كما في ساير الكتب لاندراج ما يفيده تحت قوله وتصرفا ولم يقل مع
كما ذكرنا فهو معنى عنه ولا بد في انعقاد شركة المفاوضة من ذكر لفظ المفاوضة
او بيان معناه اي معنى ذلك لان اكثر الناس لا يعرفون شرايطها فيجعل التصريح
بالمفاوضة قايم مقام ذلك كله وان بينا جميع ما تقتضي المفاوضة صحت
اذ العبرة للمعنى لا اللفظ فيشترط كل منهما اي اذا ذكر اللفظ او بين المعنى يكون
ما اشتراه كل واحد منهما مشتركا بينهما الا طعام لان مقتضى المفاوضة المساواة الا
اهله والادام وكسوته اي كسوة اهله وكسوته فانهما تكون له خاصة استحسانا
والقياس ان يكون على الشركة فانهما من عقود التجارة في جنس ما يتناوله عقد

الشركة وجه
الاستحسان

وجه الاستحسان انهما مستثناة من مقتضي المفاوضة اذ كل منهما حين شاركه
صاحبه كان عالما بحاجته الي ذلك في مدة المفاوضة ومعلوما ان كلا منهما
لم يقصد بالمفاوضة ان تكون نفقته ونفقة عياله علي شريكه وانه لا يمكن
من تحصيل حاجته الا بالشرا فصار كل منهما مستثنيا هذا العقد من تصرفه
مما هو مقتضي المفاوضة والاستثنا المعلوم بدلالة الحال كالاستثنا المشروط
وللبايع ان يطالبه بثمن الطعام والكسوة ايهما شا المشتري بالاصالة وصاحبه
بالكفالة ويرجع الكفيل علي المشتري ان ادي من مال الشركة بقدر حصته لان
الثمن عليه كان خاصة وقد قضي من مال الشركة وكل دين لزم احدهما بما تصح فيه
الشركة وسياتي بيانه وهو احتراز عن لزوم دين بما لا تصح فيه الشركة كالجناية
والصلح عن دم عمد والنكاح والخلع والنفقة كالشرا والبيع والاستيجار او كفالة
بمال بامر اي امر المكفول عنه ضمنه اي ذلك الدين الاخر وانما ضمن فيهما
تحقيقا للمساواة وبلا امر لا اي لا يضمن شريكه لانه تبرع محض كالكفالة بالنفس
واذا كانت بامر كانت معاوضة كما سياتي واما العنان في الشركة بالاموال
عطف علي قوله اما المفاوضة فهو شركة في كل تجارة او نوع منها كالبر والطعام
ونحوهما وتتضمن الوكالة ليتحقق المقصود بالشركة وهو التصرف في مال
الغير فقط اي دون الكفالة لانها تثبت في المفاوضة ضرورة المساواة التي
يقتضيها اللفظ وهذا اللفظ لا ينبي عنه كما مر وتصح ببعض المال لان الحاجة
ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بصحته ومع فضل مال
احدهما لعدم اشتراط التساوي في تساوي ماليهما لا الربح وبالعكس اي تساوي
الربح لا الماليين لقوله عليه الصلاة والسلام الربح علي ما شرطا والوضيعة علي قدر
المالين مطلقا بلا فصل بخلاف شرط كل ربح لاحدهما لخروج العقد به عن الشركة

وتصح ايضا بكون احدهما اي احد المالين دراهم والاخر دنانير او من احدهما دراهم
بيض ومن الاخر سود وبلا خلط وقال زفر والشافعي لا يصح به وبه لان الربح
فرع المال ولا يتصور وقوع الفرع على الشركة الا بثبوت الشركة في الاصل ولا
اشتراك بلا خلط ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل منهما
بماله على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد
كما يستحق بالمال ولهذا سمي العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى
العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل فاذا استندت الى العقد لم يشترط
فيها المساواة والاتحاد والخلط وكل يطالب بثمن ما شرى لا الاخر لما مر انه
متضمن للوكالة لا للكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق ثم يرجع على شريكه
بحصته منه اي من الثمن ان اداه من ماله لا من مال الشركة لانه وكيل
من جهته في حصته فاذا ادى من مال نفسه رجع عليه ولا يصحان
اي المفاوضة والعنان في الشركة بالاموال الا بالنقدين اي الدراهم والدنانير
والفلوس النافقة اي الرائجة والتبر وهو ذهب غير مضروب والنقرة وهي
فضة غير مضروبة ان تعامل الناس بهما اي التبر والنقرة والصحيح انعقاد الشركة
على الفلوس النافقة يجوز اتفاقا لكونهما ثمنا باصطلاح الناس واما التبر فقد
جعل في شركة الاصل وفي الجامع الصغير بمنزلة العروض فلا يصلحان راس
مال الشركة والمضاربة وجعله في الاصل كالاثمان والاول ظاهر المذهب قالوا
المعتبر فيه العرف ففي كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود
ولا يتعين بالعقود وتصح الشركة به وترك التعامل باستعمالها ثمنا بمنزلة
الضرب المخصوص وفي كل بلدة لم يجر التعامل بها فهو كالعروض يتعين
في العقود ولا يصح به الشركة كذا في الكافي ولا يصحان الا بما ذكر و بالعرض
لكن بعد بيع كل من الشريكين نصف عرضه بنصف عرض الاخر يعني لو باع كل
منهما

منهما نصف ماله من العرض بنصف مال الاخر منه صارا شريكين في الثمن شركة
ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر ثم بالعقد صار
شركة عقد حتى جاز لكل منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة
لمن اراد الشركة في العروض وان ملك احد المتفاوضين بارث او هبة
ما يصح فيه الشركة كما مر انفا وقبض عطف على ملك صارت المفاوضة
عنانا لزوال المساواة المعتبرة في المفاوضة وهلاك مالهما او مال
احدهما قبل الشرا يبطلها لانها من العقود الجايزة فيشترط لدوامه
ما شرط لابتدائه وهو ظاهر في هلاك المالين وكذا اذا هلك احدهما
لانه لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا لشركته في ماله فاذا فات ذلك
لم يكن راضيا بشركته فيه فيبطل العقد لعدم الفايدة وهو اي الهلاك
على صاحبه اي صاحب المال قبل الخلط هلك في يده او يد الاخر اما اذا
هلك في يده فظاهر واما اذا هلك في يد الاخر فلكونه امانة عنده وبعده
اي بعد الخلط يهلك عليهما لانه لا يتميز فيهلك من المالين فان هلك مال
احدهما بعد شرا الاخر بماله فمشتريه لهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع
مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشرا فلا يتغير الحكم بهلاك مال الاخر
والشركة شركة عقد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في الشرا فلا ينقض
بهلاك المال بعد تمامها ورجع على الاخر بحصته من ثمنه لانه اشترى
نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فيصح رجوعه كما مر وان
هلك قبله اي قبل شرا الاخر فان وكله حين الشركة صريحا فمشتريه لهما
على ما شرطا في راس المال لا الربح مثلا ان كان راس المال بينهما اثلاثا
فالمشتري يكون اثلاثا وان كان انصافا فكذلك لان الشركة ان بطلت فالوكالة

المصرح بها قايمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك حتى لا يملك
احدهما ان يتصرف في نصيب الاخر والا اي وان لم يوكله صريحا فلا اي
لا يكون المشتري لهما بل للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة
تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فتبطل
ما في ضمنها من الوكالة ولكل من هذين الشريكين اي المفاوضين وشريكي
العنان ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة ويودع لانه من عادة التجار
ويضارب اي يدفع المال مضاربة لانها دون الشركة فيجوز ان يتضمنها
بخلاف الشركة لان الشي لا يتضمن مثله ويوكل من يتصرف فيه ببيع وشرا لانه
من عادة التجار والمال في يده اي يد كل من الشريكين امانة حتى اذا هلك
لم يضمنه واما المفاوضة في شركة الصنايع فبان يشترك صانعان متساويان
فيما يجب فيه المساواة في المفاوضة المذكورة وهي المفاوضة المذكورة
في الشركة بالاموال بان يكون من اهل الكفالة وان يشترطا ان يكون ما رزق
الله تعالى بينهما نصفين وان يتلفظا المفاوضة السابقة كصباغين
اوخياط وصباغ اشارة الى ان اتحاد الصنعة والمكان ليس بشرط في شركة
الصنايع ويتقبلا العمل عطف على ان يشترك الاجر بينهما اي ليكون كل ما
يحصله احدهما من الاجر مشتركا بينهما كما هو حكم المفاوضة وتضمنت
وكالة لاعتبارها في جميع انواع الشركة وكفالة تحقيقا لمعنى المفاوضة
وصحت وان وصلية شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا استحسانا وفي
القياس لا تصح لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز
العقد لافضايه اليه وصار كشركة الوجوه وجه الاستحسان انما ياخذه
لا باخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان راس المال عمل

بلفظ المفاوضة وقد مر بيانه
مساواة الاختصاص المساوات فيه بالمفاوضة صح

والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر
ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لما سيجي ان شا الله تعالى ولزم
كلا عمل قبله احدهما ويطالب الاخر اي كل منهما ويبرا الدافع بدفعه
اليه والكسب بينهما نصفين وان عمل احدهما قياسا واستحسانا لان هذا
مقتضى المفاوضة المتضمنة للكفالة ولما العنان في شركة الصنايع فبان
شرك صانعان بلا تساو بينهما فيما ذكر وتضمنت وكالة فقط تثبت به
الاحكام المذكورة استحسانا والقياس ان لا يثبت لان الشركة وقعت مطلقة
عن قيد الكفالة والاحكام المذكوره من موجباتها وجه الاستحسان ان هذه
الشركة مقتضية لوجوب العمل في ذمة كل منهما ولهذا استحق الاجر بسبب
نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضا البدل حتى
قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك لم يصدق
صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار
يوجب التصريح بها واما المفاوضة في شركة الوجوه سميت به اذ لا يشتري
بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس فبان يشترك معا وبان فيما ذكر بلا
مال ليشتريا متعلق بقوله يشترك بوجوههما ويبيعا وتضمنت وكالة لما مر
ان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتعين وكفالة تحقيقا العلاج
بمعنى المفاوضة واما العنان فيها اي في شركة الوجوه فبان لا يعتبر التساوي فيهما
اي في الامور المذكوره في المفاوضة وتضمنت وكالة فقط لما مر وان شرطا اي الشريكان
شركة الوجوه مناصفة المشترى او مثالثته فالربح كذلك وشرط الفضل باطل
لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان كالاستاذ
الذي يتقبل العمل من الناس فيلقيه على التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان

قوله نصفين قيد مفاوضة والاول اي العنان على الاطلاق اذ لا يشترط في مفاوضة الاعمال المساواة في الربح كما قدمه انتهى

نسخة او شبهه

ولا يستحق بغيرها الاثر اي من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض
ربحه لا يستحق شيا لعدم هذه المعاني فصل في الشركة الفاسدة
لا شركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وساير المباحات لان الشركة تتضمن
التوكيل وهو اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وهذا المعنى لا يتصور هناك
لان الموكل لا يملكه فلا يمكنه اقامة الغير مقامه وما حصل احدهما فله لانه اثر عمله
وما حصلاه معا فلهما لانه اثرهما الاصل في العمل وللاخر اجر مثله بالغا ما بلغ عند
محمد ولا يزيد على ثمن نصفه عند ابي يوسف كما هو حكم الاجارة الفاسدة على خلاف
بينهما ولا في الاستقا بان كان لاحدهما بغل وللاخر راوية واستقى احدهما فالكسب
للعامل لكونه عاملا وعليه اجر المثل للاخر لانه اجره اجارة فاسدة الربح في الشركة
الفاسدة على قدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تابع للمال كالريع ولم يعدل
عنه الا عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون
فيه تقرير الفساد وهو واجب الدفع وتبطل اي الشركة مطلقا بموت احدهما ولو حكما
بان يرتد ويلحق بدار الحرب ويحكم به القاضي لان الوكالة لازمة للشركة والموت يبطل الوكالة
ومبطل اللازم مبطل الملزوم لا يزكي احدهما مال الاخر بلا اذنه اي ليس لاحد الشريكين
ان يودي زكاة مال الاخر بلا اذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل لصاحبه فادياولا
اي بالتعاقب ضمن الثاني وان جهل باداء الاول لانه اتى بغير المامور به لانه اسقاط الفرض
عنه ولم يسقط فصار مخالفا فيضمن علم او لم يعلم لانه صار معزولا باداء الموكل حكما لفوات
المحل وذا لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتقه الموكل يتعزل علم به
او لم وان اديا معا اي ادى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداوها في زمان واحد
ولا يعلم المتقدم والمتاخر ضمن كل قسط الاخر ويتقاصان فان كان مال احدهما اكثر يرجع
بالزيادة شرى مفاوض امة باذن شريكه ليطا فهي له مجانا يعني اذا اذن احد المتفاوضين

لصاحبه

نصفيق تحقيقا للمساواة وما حصل احدهما باعانة الاخر فله اي للمحصل لانه [illegible]

لصاحبه بشرائه ليطاها فاشتراها المامور وادى الثمن من مال الشركة فهي له بغير شي
اي لا يغرم لشريكه شيا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن لان الشرا
وقع للمامور خاصه فكان الثمن واجبا عليه وقد اداه من مال الشركة فرجع عليه بنصف
الثمن كما في ثمن الطعام والكسوة وله ان الجارية تدخل في ملكهما جريا على مقتضى الشركة
ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطي لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشتريا ها ثم قال
احدهما للاخر اقبضها لك كان هبة وهبة المشاع فيما لا يقسم جايزة بخلاف طعام الاهل
وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة كما مر بيانه ولا ضرورة في مسئلتنا
واخذ البايع بثمنها ايا شا المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة كما في الطعام
والكسوة

كتاب المزارعة

هي لغة مفاعلة من الزرع وشرعا عقد
على الزرع ببعض الخارج ولا يصح عند ابي حنيفة لحديث رافع بن خديج انه عليه السلام
نهى عن المخابره وهي مزارعة الارض على الثلث او الربع من الخبير وهو الاكار لمعالجة
الخبار وهو الارض الرخوة ولانها استيجار ارض ببعض ما يخرج من عمله فكان في معنى
قفيز الطحان كما مر في الاجارة وتصح عندهما لانه عليه السلام دفع نخيل خيبر الى اهلها
معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وبه عمل الصحابة والتابعون
والصالحون الى يومنا هذا ومثله يترك خبر الواحد والقياس ولهذا قالوا وبه يفتى
وركنها الايجاب والقبول كساير العقود وشرطها ثمانية امور الاول اهلية
العاقدين اذ لا صحة لعقد بدونهما والثاني صلاحية الارض للزراعة ليحصل
المقصود والثالث بيان مدة متعارفة بان يقول الى سنة او سنتين مثلا لان
العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من قبل العامل وعلى منفعة العامل ان كان
البذر من رب الارض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المده فكانت معيارا
للمنفعة فيجب ان تكون المده مما يتمكن فيها من المزارعه حتى اذا بين مدة لا يتمكن فيها

وهما فسدت لعدم حصول المعقود وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما
الى مثلها عادة كذا في الذخيره والرابع بيان رب البذر اي من كان البذر من قبله
لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود
عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فهو منفعة للعامل ولا بد من
بيان المعقود عليه لان جهالته تفضي الى التنازع والخامس بيان جنسه اي جنس
البذر اذ لا بد من بيان جنس الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر والسادس
بيان حظ الاخر اي بيان من البذر من قبله لانه يستحق عوضا بالشرط فلا بد
ان يعلم اذ ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسابع التخلية بين الارض والعامل صاحب
حتى اذا شرط في العقد ما يزول به التخلية وهو عمل صاحب الارض مع العامل فسد
والثامن الشركة في الخارج عند حصوله لانه ينعقد اجارة ابتداء ويتم شركة
انتهاء وكل شرط يودي الى قطع الشركة في الخارج مفسد العقد وانما تصح عندهما
ان كان البذر والارض لواحد والبقر والعمل للاخر لان صاحب الارض استاجر العامل
للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استاجر خياطا ليخيطه بابرة نفسه
او الارض لواحد والباقي للاخر لان رب البذر استاجر الارض بجزء فكذا اذا استاجرها
باجر معلوم من الدراهم والدنانير صح فكذا اذا استاجرها بذلك والعمل لواحد
والباقي للاخر لان صاحب الارض استاجر العامل ليعمل بآلة المستاجر فيصح كما لو
استاجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب وانما يصح ايضا اذا كان نفقة الزرع
عليهما بقدر حقهما كاجر الحصاد والرفاع والدوس والتذرية لان الغرم بالغنم
حتى لو شرطت على احدهما فسد العقد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع
لاحد المتعاقدين فتفسد ان كانت الارض والبقر واستيجار البقر بجزء من الخارج لواحد والبقر والعمل
مقصودا لا يصح لان منفعة البقر من جنس منفعة الارض فان منفعتهما للاخر لان رب البذر استاجر ح

قوة

قوة في طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلعدم
المجانسة لا يمكن جعل البقر تابعا لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة الارض
مقصودا بالمزارعة كما لو كان البقر مشروطا على احدهما فقط بخلاف جانب العامل لان
البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل او كان البذر لاحدهما والباقي للآخر
لان الشرع لم يرد به او كان البذر والبقر لواحد والباقي وهو الارض والعمل للآخر لان
كون كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح عند الانفراد لم يصح عند الاجتماع او شرطا
لاحدهما قفزانا مسماة فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا تخرج الارض الا هذه
القفزان فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة او شرطا لاحدهما ما يخرج من موضع
معين او ما على الماذيانات وهي اوسع من السواقي او السواقي جمع ساقية وهي
اكبر من الجدول واصغر من النهر فانه ايضا مفسد لاحتمال ان لا يخرج الا من ذلك
الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة او شرطا كون نفقته على العامل لما مر انه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او شرطا كون رفع رب البذر
بذره او رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقي حيث يفسد في الصورتين لاحتمال
ان لا يحصل الا ذلك القدر واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث او الربع فيجوز كما لو شرطا
رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية او شرط رب البذر عشر الخارج لنفسه او للاجير
والباقي بينهما لانه شائع فلا يؤدي الى قطع الشركة او شرطا كون التبن لاحدهما والحب للآخر
حيث تفسد لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود او شرطا التنصيف الحب والتبن
لغير رب البذر حيث تفسد لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع
الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن ولو شرطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن او شرطا الحب نصفين وجعلاه اي التبن لرب البذر صحت اما الاول
فلانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت عن التبع لا يوجب فساد العقد

في الاصل واما الثانية فلانه شرط موافق بحكم العقد لانه نما ملكه واذا فسدت اي المزارعة فالخارج لرب البذر لانه نما ملكه والغوع يملك بملك الاصل وانما يستحق الاجر بالتسمية فاذا فسدت كان النما كله لرب البذر وللاخر اجر عمله او اجر مثل ارضه يعني اذا كان البذر من صاحب الارض فللعامل اجر مثله وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه فلو كان رب البذر صاحب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على المسمى لانه رضي بسقوط الزيادة ولو كان رب البذر العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لاستيفا منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها واذا صحت فالشروط اي الواجب هو الشروط لصحة الالتزام ولا شي للعامل ان لم تخرج اي الارض شيا لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج ويجبر العامل ان ابى لا رب البذر يعني اذا عقدت المزارعة فامتنع من العمل رب البذر فله ذلك لانه لا يتوصل الى الوفا الا باتلاف البذر وفيه ضرر لم يلزمه فلا يجبر عليه كالو استاجر اجيرا ليهدم داره وفي الكفاية هذا قبل القايه وبعده يجبر وان امتنع العامل اجبره الحاكم على العمل لان الوفا به ممكن من غير ضرر ليحقه فلزم العقد كما في ساير الاجارات الا اذا كان له عذر تفسخ به الاجارة كالمرض فيفسخ به المزارعة ولو ابى رب البذر والارض لم وقد كرب العامل فلا شي له في عمل الكراب قضا لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد قوم العمل بجزء من الخارج ولا خارج بعد ويسترضي ديانة يعني ان ما ذكر جواب في القضا اما فيما بينه وبين ربه فيلزمه ان يعطي العامل اجر مثل عمله لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد غره والتغرير مدفوع فيجب بان يطلب رضاه وتبطل اي المزارعة بموت احدهما اي العاقدين كما في الاجارة فلو دفع ثلاث سنين فلما نبت في الاولى مات صاحب الزرع قبل ادراكه تركه اي الزرع في يد المزارع الى ادراكه وقسم على الشرط وبطلت اي المزارعة في السنتين الاخيرتين لان في ابقا العقد في السنة

بالعقد ح

لواحد و للاخر ان رب استاجر ح

الاولى

الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفي القطع ابطال لحق العامل اصلا فكان الابقا اولى
واما في الاخيرتين فلا حاجة الى الابقا اذ لم يثبت الحق للمزارع في شي فعملنا بالقياس بعد مضت
المدة قبل ادراكه فعلى المزارع اجر نصيبه من الارض حتى يدرك الزرع لانه استوفى منفعة
بعض الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك ونفقته اي نفقة الزرع كاجر السقي
والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية عليهما بقدر حقوقهما حتى يدرك كنفقة
العبد المشترك العاجز عن الكسب وفي موت احدهما قبله اي قبل ادراك الزرع في
مكانه الى ادراكه ولا شي على المزارع لانا ابقينا عقد الاجارة هاهنا استحسانا لبقا
مدة الاجارة فامكن استمرار عمل العامل او وارثه على ما كان عليه من العمل اما في
الاول فلا يمكن الابقا لانقضا المدة انفق احدهما على الزرع بلا امر صاحبه او امر
قاض فهو متطوع في الانفاق لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق فصار كالدار
المشتركة بينهما اذا استرمت فانفق احدهما في مرمتها بلا امر كان متطوعا وتفسخ
اي المزارعة بدين محوج الى بيعها اي بيع الارض كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالب
بما كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسناة بشي اذ لا يجوز ان يطالبه المسمى وهو الخارج
لانه معدوم ولا باجر المثل لانه انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد ولو نبت اي الزرع
لم تبع اي الارض قبل استحصاده اي الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخر اولى
من الابطال ويخرجه اي القاضي ان حبسه لانه جزا الظلم وهو لم يظلم لانه ممنوع من بيع الارض
فلم يكن ظالما والله اعلم

كتاب المساقاة

هي لغة مفاعلة من السقي وشرعا
دفع الشجر الى من يصلحه بجز من ثمرة وهي كالمزارعة في انها باطلة عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما وان الفتوى على صحتها وشرطها كشروطها الممكنة هاهنا
كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية بين الاشجار والعامل والشركة
في الخارج وما عداها من الشروط المذكورة فيها لا تجري هاهنا فتصح بلا ذكر المدة

ترك اي الزرع صح

والقياس ان لا تصح لانها اجارة معنى كالمزارعة وتصح استحسانا وتقع على اول ثمرة تخرج اذ
لادراك الثمر وقت معين قل ما يتفاوت وتفسد ان لم يخرج اي في هذه السنة لعدم
تناول العقد غير هذه السنة فكانهما نصا على ذلك ذكره تاج الشريعة الا اذا دفع
استثناء من قوله فيصح بلا ذكر المدة غراسا في ارض لم يبلغ اي تلك الغراس الثمر على ان
يصلحها فما خرج كان بينهما نصفين حيث تفسد ان لم يذكر سنين معلومة ذكره
قاضي خان او دفع اصول رطبة في ارض مساقاة ولم يسم الوقت فانها تفسد لان
اصول الرطبة كالغراس بخلاف رطبة لجذاذها غاية كستة اشهر مثلا حيث يجوز
ويقع على اول جزه اي قطعه يكون اي يحصل ذلك الاول لا ما بعده دفع رطبة
انتهى جذاذها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون اي البذر بينهما نصفين
جاز بلا ذكر الوقت استحسانا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين
والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصا
حبها اذ لا اثر فيه لعمل العامل ولو شرطا تنصيفها فسدت لاشتراط الشركة فيما
هو حاصل قبلها ذكر مدة لا تخرج الثمر فيها بان دفع الارض ليغرس الكرم فيها سنة
او سنتين ببعض الخارج فانه يعلم قطعا ان الكرم لا يخرج الثمر فيها يفسدها لان
المقصود بالمساقاة الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع المقصود فيكون مفسدا للعقد
وذكر مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا اي لا يخرج لا اي لا يفسدها لعدم العلم بفوات
المقصود بل هو متوهم في كل مزارعة ومساقاة بان يصطلم الزرع والثمر آفة سماوية
فلو خرج اي الثمر في وقت سمي فعلى الشرط لصحة العقد والا هي بان لم يخرج فيه بل تأخر عنه
فسد العقد اذ تبين انهما سميا مدة لا تخرج الثمار فيها ولو علم ذلك ابتداء كان العقد
فاسدا فكذا اذا تبين انتهاء واذا فسد فللعامل اجر المثل كما في المزارعة تصح اي المساقاة
في الكرم والشجر والبقول واصول الباذنجان والنخل ولو وصليه فيه ثمر ان لم يدرك

حتى

حتى لو كان مدركا لم يصح العقد اذ لا يكون حينئذ لعمل العامل اثر كالمزارعة وعند
الشافعي لا تجوز المساقاة الا في النخيل والكروم دفع ارضا سنين معلومة على ان يغرسها
اشجارا وتكون هي اي الاشجار والارض بينهما نصفين فسدت لاشتراطهما الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض فان غرسها اي العامل الارض غراسا من عنده
فلخرجت ثمرا كان الكل لصاحب الارض وللغارس عليه قيمة غراسه واجر مثل عمله لان
صاحب الارض استاجر العامل ليجعل ارضه بستانا بالات نفسه على ان يكون اجره نصف
البستان الذي يظهر بعمله والاته فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فاسدا ثم فيكون حم
المغروس ملك للغارس وقد تعذر رده عليه لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثل
عمله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها تبطل اي المساقاة بموت احدهما ومضي
مدتها والثمر نيء هذا قيد لصورتي الموت ومضي المدة وانما بطلت لان صاحب الارض
استاجر العامل ببعض الخارج ولو استاجره بدراهم بطلت الاجارة بموت احدهما
فكذا اذا استاجره ببعض الخارج فلو مات صاحب الارض فللعامل القيام عليه حتى
يدرك الثمر وان كره ورثة صاحب الارض لان في انتقاض العقد بموته
اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا له بالعقد وهو ترك الثمار في الاشجار الى
وقت الادراك واذا انتقض العقد تكلف الجذاذ قبل الادراك وفيه ضرر عليه واذا جاز
نقض الاجارة لدفع الضرر فلان يجوز ابقاوها لدفعه كان اولى وان مات العامل فلورثته
القيام عليه وان كره صاحب الارض لانهم قايمون مقامه وفيه نظر للجانبين وان ماتا
فالخيار في القيام عليه او تركه الى ورثة العامل لقيامهم مقامه وقد كان له في حياته هذا الخيار
بعد موت صاحب الارض فكذا يكون لورثته بعد موته وان لم يمت احدهما بل انقضى مدتها
اي مدة المساقاة فالخيار للعامل ان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على السوا
لان في الامر بالجذاذ قبل الادراك اضرارا بهما والضرر مدفوع كما مر ولا تفسخ الا بعذر كما في الاجارات

ومن كون العامل عاجزا عن العمل فانه لو لم يفسخ لزمه استيجار الاجراء فيلحق به ضرر لم يلتزمه
بعقد المساقاة وقد مر ان الضرر مدفوع او كون العامل سارقا يخاف على ثمره اي ثمر الشجر
او على سعفه السعف بالتحريك جمع سعفة وهي غصن النخل كذا في الصحاح والله تعالى اعلم
بالصواب كتاب الدعوى اوردها عقب المعاملات لانها تترتب عليها في الوجود
وجمعها دعاوى بفتح الواو وهي لغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره والفها للتانيث فلا تنون كفتوى ونحوها وشرعا مطالبة حق من حقوق العباد عند من
وهو القاضي له الخلاص اي تخليصه من المدعى عليه اذا ثبت والمدعي من اذا ترك ترك اي لا يجبر
على الخصومة اذا تركها ولما كان هذا متناولا للاغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه بقوله صح
المتنازعين قولا ولما كان ~~من احترز عنه بقوله~~ في الحق اي حق العبد والمدعا عليه بخلافه اي يجبر على الخصومة اذا
هذا متناولا للمتنازعين تركها فلينطبق الحد على المحدود وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده والصحيح ما ذكر
للجانبين في المباحث احترز عنه بقوله صح ههنا قيل المدعى عليه هو المنكر والاخر هو المدعي قالوا هذا حد صحيح ولكن الشان في
معرفته لان العبرة للمعاني دون الصور والمباني فان الكلام قد يوجد من الشخص في
صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها فانه مدع صورة
ومنكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها انه لا يلزمه
رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفي وركنها اي الدعوى اضافة
الحق الى نفسه ان كان اصيلا او الى من ناب منابه كما في الوكيل واب الصغير ووصيه عند النزاع متعلق باضافة الحق واهلها اي الدعوى العاقل خرج به
المجنون المميز خرج به الصبي الغير المميز قال الاسروشني في جامع احكام الصغار الدعوى
من الصبي المحجور عليه غير صحيحة اما الصبي الماذون له فدعواه صحيحة اذا كان مدعيا صح
~~ولئن كان مدعيا~~ وان كان مدعى عليه فجوابه ايضا صحيح وشرط جوازها مجلس القاضي
فان الدعوى في مجلس غيره لا تصح حتى لا يجب على المدعى عليه جوابه وحكمها وجوب
الجواب على الخصم وهو المدعى عليه حتى اذا امتنع عنه اجبره القاضي عليه وانما تصح اي الدعوى
اذا الزمت شيئا على الخصم بعد ثبوتها والا كان عبثا لا يقدم عليه عاقل وعلم المدعى عطف

على الزمنت اي صار ما يدعيه معلوما وبين ذلك بقوله فلو كان ما يدعيه منقولا في يد الخصم ذكر اي مدعيا انه في يده بغير حق فان الشي قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البايع لاجل قبض الثمن قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اقول درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احديهما ان دعوي الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فان فيه مشاهدة فوجب دفعها في دعوي العقار في اثباته بالبينة لتصح الدعوي وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا تعتبر واما اليد في المنقول فكونه مشاهدا لا يحتاج الي اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوي الحمد لله الهادي الي سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل وطلب عطف على ذكر احضاره اي احضار ما يدعيه ان امكن ليشار اليه في الدعوي والشهادة لان الاعلام باقصاها يمكن شرط وذا في المنقولات بالاشارات لانها ابلغ اسباب التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحي مثلا حضر الحاكم عندها او بعث امينا وذكر قيمته ان تعذر اي احضاره ليصير المدعي معلوما لان الاعيان تتفاوت والشرط ان يكون الدعوي في معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لانها خلف عنه قال الفقيه ابو الليث يشترط مع ذكر القيمة ذكر المذكوره والانوثة وقال قاضي وصاحب الذخيرة

ان كان العين غايبا والدعي انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته ولو قال غصبت مني عين كذا ولا ادري قيمته قالوا تسمع قال في الكافي وان لم يبين القيمة وقال غصبت مني عين كذا ولا ادري اهو هالك او قايم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعلم قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اقول فايدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق ولو كان ما يدعيه عقارا ذكر حدوده الاربعة لتعذر التعريف بالاشارة لانه مما لا ينقل فيصار الى التحديد لان العقار يعرف به وكفى الثلاث وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل الا ان يغلط في الحد الرابع لان المدعي يختلف به بخلاف تركه كذا الشهادة اي كما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وان ذكروا ثلاثة من الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم عندنا خلافا لزفر وان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره وفي الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهور مغنية عنه وله ان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد وذكر ايضا انه يطالبه لان المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه وذكر ايضا انه في يد المدعى عليه لانه انما يكون خصما بكونه في يده وهو اي كونه في يده لا يثبت بتصادقهما على انه في يده بل يثبت بالبينة او علم القاضي لاحتمال كون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة كما مر في العماديه ادعى عينا في يد رجل واراد احضاره في مجلس الحكم فانكر المدعى عليه ان يكون في يده فجاء المدعي بشاهدين شهدا ان هذا العين كان في يد المدعي قبل هذا التاريخ بسنة هل يسمع وهل يجبر

المدعا عليه على احضاره بهذه البينة ام لا كانت واقعة الفتوى وينبغي
ان تقبل لانه لم تثبت يده في زمان الماضي ولم يثبت خروجه من يده وقد وقع
الشك في زوال تلك اليد فيثبت اليه ما لم يثبت المزيل قال شمس الائمة
الحلواني ومن المنقولات ما لم يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام
والقطيع من الغنم فالقاضي فيه بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له
ذلك وان لم يتيسر له الحضور وكان ماذونا بالاستخلاف يبعث خليفة
الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي يجلس في داره ووقع الدعوى
في جمل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره او يامر نايبه حتى يخرج
ليشير اليه الشهود بحضرته وفي القدوري اذا كان الدعوى شيا
يتعذر نقله كالرحى فالحاكم فيه بالخيار ان شاء حضر وان شاء بعث
امينا كذا في الذخيرة وذكر القاضي الامام ظهير الدين ان هذا انما
يستقيم اذا كان العين المدعا في المصر اما اذا كان خارج المصر كيف
يقضي به القاضي والمصر شرط لجواز القضا في ظاهر الرواية فطريقه ان
يبعث واحدا من اعوانه يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد ذلك
يمضي قضايه ولو كان ما يدعيه دينا في الذمة ذكر جنسه كالدراهم
والدنانير والبر والشعير ونحوها وقدره كمائة والف وقفيز وقفيزين
ونحوها فان الدين لا يعرف الا بذلك ومطالبته ذكر ايضا مطالبته به
لما مر انه حقه واذا صحت اي الدعوى سال القاضي عنها ليتضح وجه
الحكم ان الحكم بالبينة يخالف الحكم بالاقرار ومعنى سال انه يقول ان
خصمك المدعا عليك كذا وكذا فماذا تقول فان اقر اي الخصم الزم
اي القاضي بموجبه لم يقل قضا او حكم لما قال في الكافي ان الطلاق لفظ

القضا توسع بان الاقرار حجة لنفسه ولا يتوقف على القضا فكان الحكم من
القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينه على دعواه لان
الاصل في فصل الخصومة البينه وان انكر اي الخصم سال اي القاضي
المدعي بينته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعي الك بينة فقال لا
فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على عدم البينة فلا بد من السؤال
عنها ليتمكن من الاستحلاف فان اقام البينة قضي عليه لانه نور دعواه
بالبينة فهي فيعل من البيان فانها دلالة واضحة يظهر بها الحق
من الباطل والا اي وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها حلفه اي القاضي
الخصم بطلبه اي طالب الدعوى لان الحلف حقه ولهذا اضيف اليه بحرف
اللام في الحديث وجه كونه حقا ان المنكر قصد اتوا حقه على زعمه
بالانكار فمكنه الشارع من اتوا نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس
ان كان كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتوا المال ويحصل للحالف الثواب
بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم ولابد ان يكون النكول
في مجلس القضا لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا عبرة لليمين عند
غيره وهل يشترط القضا على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف
المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه لكن ليس له ان يخاصم
ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجدها اقامها وقضى له بها
وبعض القضاه من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون
يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي وهذا القول ليس
بشي لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان
شريح رضي الله تعالى عنه يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة

العادلة

العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر
حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعي فان نكل اي قال لا احلف
مرة او سكت بلا افة من طرش او خرس فانه نكول حكما وقضي صح
لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام اليمين على من انكر ترك هذا الواجب
بالنكول دليل على انه باذل او مقر والا لا قدم على اليمين تفصيا عن عهدة
الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعي والاقرار والشرع الزهد التورع
عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب
اي جانب البذل والاقرار على جانب التورع في نكوله وهو اي القضا بعد
عرض اليمين اي عرض القاضي اليمين على الخصم بان يقول ان لم تحلف احكم
عليك ثلاثا احوط لاحتمال ان يحلف مرة او مرتين ولا عبرة بعد
القضا لقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضا ويعتبر
اي قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلاثا اذ لا يلزم منه نقض القضا
ولا فساد اخر ولا ترد اليمين على المدعي وان نكل خصمه وعند الشافعي
اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعا عليه فنكل ترد
اليمين على المدعي فان حلف قضي به والا انقطعت المنازعة بينهما
لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعا عليه
وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد اخر
فانه ترد اليمين عليه ان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له
بشي لانه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف
المدعا عليه فقط ويقضي عليه بالنكول لقوله صلى الله عليه وسلم البينة
على المدعي واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفا مشاركة كل

واحد منهما عن قسم صاحبه فيدل على ان جنس الايمان في جانب المدعى عليه
ولا يمين في جانب المدعي لان اللام في اليمين للاستغراق فمن جعل
الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب
وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه
على ان يحيى بن معين قد رده كذا في الكافي ولو قال اي المدعا عليه لا
اقر ولا انكر حبسه اي القاضي حتى يقر او ينكر لانه ظالم فجزاؤه الحبس ادعى
اي الرجل على اخر مالا فانكر اي المدعا عليه فاصطلحا على ان يحلف المدعا عليه ويبرا
من المال فحلف فالصلح باطل وهو اي المدعي على دعواه ان اقام البينة تسمع
وان لم يقمها واستحلفه يحلفه القاضي لو لا اي لو لم يكن الحلف الاول حين
الصلح عنده لان التحليف عند غير القاضي لا يعتبر كما ان النكول عند
غيره لا يوجب الحق لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير
القاضي غير قاطعة ولو كان الحلف الاول عنده كفى ولا يحلف ثانيا
كذا لو اصطلحا ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن وحلف اي المدعي
لم يضمن اي الخصم كذا في العمادية لا تحليف في نكاح بان ادعى رجل على
امراة او هي عليه نكاحا والاخر منكر ورجعة بان ادعت عليه او هو
قيد للثاني
عليها بعد العدة انه راجعها في العدة وانكر الاخر وفي ايلا بان ادعى المولي
عليها او هي عليه بعد المدة انه وفا في المدة وانكر الاخر واستيلاد بان ادعت
امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدت ولدا قد مات
او اسقطت سقطا مستبين الخلق منه وانكر المولى ولا اتفاق من الجانب
الاخر اذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها ورق
بان ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى المجهول انه عبده وانكر

الاخر

٤٤٧

الاخر ونسب بان ادعى على مجهول النسب انه ابنه او هو يدعي عليه والاخر ينكر وولا بان ادعى على معروف الرق انه معتقه او مولاه او ادعى المعروف ذلك عليه او على ذلك في ولا الموالاة والاخر منكر وحد سوكان ذلك حدا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر وحد السرقة او دائرا بين الحقين كحد القذف حتى ان من ادعى على اخر انه قذفه وانكر القاذف لا يستحلف لان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا فالتحق بالحدود الخالصة لله تعالى واما في السرقة فان السارق يستحلف لاجل المال اذا اراد المالك اخذ المال لا القطع فيقال له دع ذكر السرقة وادع تناول مالك فيكون لك عليه يمين قال في النهاية لا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنا ولعان بان تدعي المراة القذف بالزنا ووجب اللعان وهو ينكر جميع ما ذكر قول ابي حنيفة وقالا يستحلف فيها كلها الا في الحد واللعان لان هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود وهذا لان فايدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحلف لما وجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر من الماذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجري في هذه الاشياء ولكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت في نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الا ترى انه اشبه حد القذف ولنا ان النكول بذل واباحة اذ لو حمل على الاقرار لكذبناه

في الانكار ولو جعل بذلا قطع الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى
صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب وهذه حقوق لا يجري فيها البذل
فلا يقضي فيها بالنكول كالقصاص في النفس بخلاف الاموال وذلك
لان المراة لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت نفسي لك لم
يصح كلامهما وكذا ساير الامثلة فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة
بالاذن ابتداء يقضي عليه بنكوله وما لا فلا قال قاضي خان الفتوى
على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعا عليه فان راه
متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا
اخذا بقوله كذا في الكافي وحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع
لانه في السرقة يدعي المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة
بخلاف ايجاب المال فيثبت به كما يثبت بشهادة رجل وامراتين حيث لا يثبت
القطع ويضمن المال كذا الزوج اذا ادعت طلاقا قبل الدخول يعني
اذا ادعت طلاقا قبل الدخول واستحلف الزوج فان نكل ضمن نصف
مهرها عندهم لان الاستحلاف يجري في الطلاق اتفاقا خصوصا
اذا كان المقصود المال لانه دعوى المال حقيقة فيثبت بنكوله المال
لا النكاح وكذا النسب اذا ادعى حقا يعني يحلف في دعوى النسب اذا ادعى
حقا كارث ونفقة بان ادعى رجل على رجل انه اخوه ومات ابوهما وترك
مالا في يد المدعا عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعا عليه بسبب
الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف بري وان نكل قضي بالمال
والنفقة لا النسب وحجر في اللقيط بان كان صبي في يد رجل التقطه وهو لا
يعبر عن نفسه فادعت امراة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد

للملتقط الها من حق الحضانة وارادت استخلافه فنكل يثبت به مالها حق نقل
الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب وعتق بالملك بان ادعى عبد على مولاه انه
معتق لانه اخوه واستحلفه فان حلف برئ وان نكل قضي بالعتق لا النسب
وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال
الموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على ما يدعي من النسب
بالاجماع فان نكل في الصور المذكورة ثبت الحق يعني الارث والنفقة
والحجر والعتق وامتناع الرجوع لا النسب ان كان اي النسب نسبا
لا يصح الاقرار به والا اي وان كان نسبا يصح الاقرار به فعلى الخلاف
يعني يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان نسبا يثبت باقراره بيانه
ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى واقرار المراة يصح
بالاب والزوج والمولى ولا يصح بالابن اذ فيه تحميل النسب على الغير فكان
اقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى رجل انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا
يستحلف عندهما لانه لو اقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول
الذي هو اقرار وان ادعى انه اخوه او عمه او نحو ذلك لا يستحلف
المدعى عليه لانه لو اقر لا يثبت لان فيه تحميل النسب على الغير يحلف منكر
القود يعني اذا ادعى على غيره قصاصا في النفس او فيما دونها فانكر تحلف
اجماعا فان نكل في النفس لم يقض بقتل عند ابي حنيفة وعندهما تلزمه
الدية فيهما ولا يقضي بالقصاص لان القصاص فيما دون النفس عقوبة
تدرأ بالشبهات ولا يثبت بالنكول كالقصاص في النفس لان النكول
وان كان اقرارا عندهما ففيه شبهة العدم لانه ان امتنع عن اليمين
تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا واذا امتنع القود

ولا دية بل حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونها يقتص صح

يجب الدية ولهذا ان الطرف محل البذل فيستوفي بالنكول كالمال فان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيهما البذل بخلاف الانفس ويحلف في التعزير يعني اذا ادعى على اخر ما يوجب التعزير واراد تحليفه اذا انكر فالقاضي يحلفه لان التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد اسقاطه بالعفو ولا يمنع الصغر وجوبه ومن عليه التعزير اذا مكن صاحب الحق منه اقامه ولو كان حق الله تعالى لكان هذه الاحكام على عكس هذا والاستحلاف يجري في حقوق العباد سواء كانت عقوبة او مالا فان نكل عزر لان التعزير يثبت بالشبهات فجاز ان يقضى فيه بالنكول قال اي المدعي لي بينة حاضرة في المصر واستحلف الخصم لا يحلف قيد بالمصر لانها اذا حضرت في مجلس الحكم لا يحلف اتفاقا كذا في النهاية ويكفل بنفسه ثلاثة ايام لئلا يغيب ويبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل معروف الدار لتحصيل فائدة التكفيل ولا بد للتكفيل من قوله لي بينة حاضرة في المصر حتى لو قال لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه فان ابي ان يعطيه كفيلا لازمه اي دار معه حيث سار حتى لا يغيب ولازم الغريب ان كان الخصم غريبا ولا يكفل اي الغريب الا الى اخر المجلس لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على قدر المجلس اضرارا بالغريب لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا والحلف بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر كالطلاق والعتاق لما روينا الا اذا الح الخصم يعني جاز للقاضي ان يحلفه بالطلاق والعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل

لا يقضي

لا يقضي واذا قضى لم ينفذ ذكره الزيلعي وشراح الهداية ويغلظ اي اليمين بصفاته
تعالى كأن يقول القاضي قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وللمحلف ان يزيد في التغليظ
على هذا وان ينقص منه لكنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه
اليمين اذ اللازم عليه يمين واحدة وله ان لا يغلظ ويقول بالله تعالى او والله
لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه
اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الراي فيه الى القاضي وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال لا الحقير لا اي لا يغلظ
بالزمان والمكان وعند الشافعي يغلظ بهما اما الاول فبان يكون بعد صلاة
العصر يوم الجمعة واما الثاني فبان يكون في المسجد الجامع عند المنبر وحلف
اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل
الانجيل على عيسى والمجوسي بالله الذي خلق النار فيغلظ على كل واحد بما يعتقد
التعظيم به ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة وعن ابي حنيفة
انه لا يحلف احد الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم
وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض
مشايخنا لما في ذكر النار في اليمين من تعظيم النار لان اليمين تشعر به ولا ينبغي
ان تعظم النار بخلاف التورية والانجيل لان كتب الله تعالى واجبة التعظيم
ولا يحلف الوثني الا بالله اذ الكفرة كلهم مع افتراق مللهم يقرون بالله قال
الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله كذا في الكافي
ولا يحلفون في معابدهم لان فيها تعظيمها ويحلف على الحاصل في سبب يرتفع

كالبيع والنكاح والطلاق والغصب والتعزير وبين التحليف بقوله بالله ما
بينكما بيع قايم او نكاح قايم الآن او ماهي باين منك الان او ما يجب عليك رده
الان او ما يجب عليك حق التعزير الان لانه لا يحلف على السبب وبينه بقوله
ما بعته ونحوه اي نكحتها ولا طلقتها وما غصبته وما شتمته والاصل
ان الدعوى اذا وقعت في سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع ونظايره فان
اليمين يكون على الحاصل لا على السبب عند ابي حنيفة ومحمد حتى اذا ادعى
انه ابتاع من هذا عبدا بالف فجحد حلف بالله ما بينكما بيع قايم ولا يحلف
بالله ما بعت فلعله باع ثم اقال كذا النكاح وغيره ثم التحليف على الحاصل لا السبب
هو الحاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه اي في الحلف على
الحاصل ترك النظر للمدعي فيحلف على السبب اجماعا كدعوى شفعة بالجوار
ونفقة مبتوتة فانه اذا ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها بان كان
شافعيا فانه يحلف على السبب اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق
للشفعة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي ويحلف
على سبب لا يرتفع برافع بعد ثبوته لا على الحاصل اجماعا كعبد مسلم يدعي
عتقه فانه اذا ادعى عتقه على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما
اعتقه لعدم الضرورة الى التحليف على الاصل اذ لا يجوز ان يعود الرق
بعد العتق مسلما بخلاف الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل
اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال لامكان تكرار الرق على الامة بالردة واللحاق
والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد
المسلم استحلف خصمه فقال حلفتني مرة واقام البينة تقبل يعني ادعى
على اخر مالا فانكر واراد المدعي عند قاضي بلد كذا فانكر المدعي ذلك

تحليفه فقال المدعى عليه
انك حلفتني على هذه
الدعاوي

فاعلم

فاقام المدعي عليه بينة على ذلك تقبل ولولا ها اي لولم تكن له بينة واستحلفه اي
اراد تحليف المدعي جاز اي تحليفه قال اي المدعي لا بينة لي ثم برهن
اولا شهادة لي ثم شهد معنى الاول ان يقول المدعي ليس لي بينة على
دعوي هذا الحق ثم جاء بالبينة ومعنى الثاني ان يقول الشاهد لا شهادة
لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد به فيه روايتان في رواية لا يقبل لظاهر
التناقض وفي رواية تقبل والاصح القبول لجواز ان يكون له بينة
او شهادة فنسيها ثم ذكرها او كان لا يعلمها ثم علمها قيل تقبل ان وفق
وافقا ذكر في المنتقط كذا اذا قال لا دفع لي ثم اتي بدفع اي فيه روايتان
قيل لا يصح دفعه اتفاقا لان معناه ليس لي دعوة الدفع ومن قال لا دعوى لي
قبل فلان ثم ادعى عليه لا تسمع كذا ههنا وبعضهم قال تصح وهو الاصح
لان الدفع يحصل بالبينة على الدفع لا بدعوى الدفع فيكون قوله
لا دفع لي بمنزلة قوله لا بينة كذا في العاديه الخيانة تجري في الاستحلاف
يعني يجوز ان يكون شخص نائبا عن اخر له حق على غيره في طلب اليمين على
المدعى عليه اذا عجز عن اقامة البينة لا الحلف يعني لا يجوز ان يكون
شخص نائبا عن شخص توجهه عليه اليمين ليحلف عن قبله وفرع
على الاول بقوله فالوكيل والوصي والمتولي وابو الصغير يستحلف
اي يطلب الحلف من الخصم ولا يحلف واحد من الوكيل وغيره الا اذا
صح اقراره اي اقرار واحد منهم على الاصيل كالوكيل بالبيع
والخصومة في الرد بالعيب فان الوصي اذا خوصم
في عيب جعيث باعه للصغير لا يستحلف والوكيل بالبيع
والخصومة في الرد بالعيب من جهة المالك يستحلف

لان اليمين لرجا النكول اقر الوصي صح بخلافه يصح فكذا الاستحلاف فاما الوكيل ولو ح

فاقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله التحليف على فعل نفسه يكون على البتات

اي انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره يكون على العلم

اي انه لا يعلم انه كذلك وجه الاول ظاهر واما وجه الثاني فلانه لا يعلم ما فعل

غيره ظاهرا فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع الامكان صار باذلا

او مقرا اصل مقرر عند ائمتنا وكان الامام فخر الاسلام يزيد عليه حرفا

وهو ان التحليف على فعل غيره على العلم الا اذا كان اي فعل الغير شيئا

يتصل به اي بالحالف وفرع عليه بقوله فاذا ادعى سرقة العبد او اباقه

يحلف اي البايع على البتات مع انه فعل الغير يعني ان مشتري العبد

اذا ادعى انه سارق او ابق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه

وادعى انه ابق او سرق في يد البايع واراد التحليف يحلف البايع

بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح

لان التسليم اي تسليم البايع المبيع سليما عن العيوب واجب عليه اي

البايع فالتحليف يرجع الى ما ضمن البايع بنفسه فيكون على البتات

فاذا ادعى سبق الشرا تفريع على قوله وفعل غيره على العلم يعني اذا اشترى

زيد من عمرو شيئا ثم ادعى بكر انه اشتراه قبله وعجز عن البينة يحلف

خصمه وهو بكر على العلم اي انه لا يعلم انه اشتراه قبله لما مر كذا اذا ادعى

دينا او عينا على وارث اما الاول فبان يقول رجل لاخر ان لي على مورثك

الف درهم فمات وعليه الدين واما الثاني فبان يقول ان هذا العبد الذي ورثت

من فلان ملكي وبيدك بغير حق ولا بينة لواحد منهما فان الوارث يحلف على العلم

لا البتات اذا علم القاضي كونه ميراثا او اقر به المدعي او برهن الخصم عليه كذا في

العمادية

كونه صادقا فيها فتضرره فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع م

قال عزمي صوابه وهو زيد

لما ذكرح

العادية ولو ادعاهما اي الدين والعين الوارث على غيره يحلف اي المدعا عليه
على البتات لا العلم كالموهوب له والمشتري اي لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه او اشترى
رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم ان العبد عبده ولا بينة له فاراد استحلاف
المدعى عليه يحلف على البتات ادعى رجل منكوحة الغير انها منكوحته
ولا بينة له اي المدعي يحلف الزوج على العلم اي انه لا يعلم انها منكوحته
فان حلف انقطع النزاع وان نكل حلفت اي المراه على البتات اي انها
ليست امراته فان نكلت قضي بنكاح المدعي كذا في العمادية اعلم ان كل موضع
وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى
عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وكل موضع وجب فيه اليمين على العلم
فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه
اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر بخلاف العكس ذكره الزيلعي
ادعى اشيا مختلفة يحلف على الكل مرة في العماد يراد عا اعيانا مختلفة
الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر قيمة كل عين على
حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى
بالاجمال وهو الصحيح لان المدعي لو ادعى غصب هذه الاعيان لا يشترط
لصحة الدعوى بيان القيمة لكن ان ادعى ان الاعيان قايمة في يده لكل م
يومر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها وان قال انها قد هلكت
في يده او استهلكها وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه وتقبل بينته
وان لم تكن له بينة حلف على الكل مرة لان وجوب التحليف مبني على صحة
الدعوى وقد صحت فوجب على الكل مرة اقر بدين او غيره ثم قال كنت
كاذبا في اقراري حلف المقر له انه اي المقر لم يكن كاذبا فيه ولست

بمبطل في دعواه عليه عند ابي يوسف وهو استحسان وعندهما يومر بتسليم العوض الي
المقر وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا كالبينة بل اولي لان احتمال الكذب
فيه ابعد وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة
يكتبون الصك قبل الاخذ ثم ياخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا علي اعتبار هذه الحالة
فيحلف وعليه الفتوي لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعي
لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه ذكره الزيلعي صح فدا اليمين والصلح عنه يعني
اذا ادعي رجل علي اخر مالا فانكر فاستحلف فافتدي يمينه بمال او صالح عن يمينه
علي مال صح لما روي عن عثمان رضي الله عنه انه ادعي عليه اربعون درهما فاعطى شيا
فافتدي يمينه بمال ولانه لو حلف وقع في القيل والقال فان بعض الناس يصدق
وبعضهم يكذب فاذا افتدي يمينه صان عرضه وهو حسن قال صلي الله عليه وسلم
ذبوا عن اعراضكم باموالكم ولا يحلف بعده اي ليس للمدعي ان يستحلفه بعد ذلك
لانه اسقط خصومته باخذ البدل منه بخلاف ما اذا اشتري يمينه بعشرة دراهم
مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشرا عقد تمليك المال بالمال
واليمين ليست بمال كذا في العناية

باب التحالف

اختلفا اي المتبايعان في قدر الثمن بان ادعي المشتري ثمنا وادعي البايع اكثر
منه او وصفه بان ادعي البايع انه بدراهم رايجة وادعي المشتري انه بدراهم
كاسدة او جنسه بان ادعي البايع انه بالدنانير وادعي المشتري انه بالدراهم
او اختلفا في قدر المبيع بان اعترف البايع بقدر من المبيع وادعي المشتري اكثر منه
حكم لمن برهن اي ايهما اقام البينة حكم له لانه نور دعواه بالحجة فبقي بالجانب
الاخر مجرد الدعوي والبينة اقوي لانها تلزم علي القاضي الحكم والدعوي لا تلزم
وان برهنا حكم لمثبت الزيادة لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لا يعارض

عطلع

ولم يحلف وعن حذيفة رضي الله عنه انه افتدا يمينه بمال م

مثبت الاكثر وان اختلفا فيهما اي الثمن والمبيع جميعا بان قال البايع بعت
العبد الواحد بالفين وقال المشتري بل بعت العبدين بالف فحجة البايع في
الثمن والمشتري اما ان ترضي بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا البيع وقيل
للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان الغرض قطع
الخصومة وقد امكن ذلك برضا احدهما بما يدعيه الاخر فيجب ان لا يعجل القاضي
بالفسخ حتى يميل كلا منهما بما يختاره وان لم يرضيا بدعوي احدهما تحالفا اي
احلف القاضي كلا منهما علي دعوي الاخر اصله ان التحالف قبل القبض حال
قيام السلعة علي وفق القياس لان البايع يدعي علي المشتري زيادة الثمن
والمشتري يدعي علي البايع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبايع ينكر فكان
كل منهما منكرا وتحليف المنكر موافق القياس اما التحالف بعد القبض فعلي
خلاف القياس عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المبيع مسلم للمشتري فلا يكون مدعيا
علي البايع شيا فبقي دعوي البايع علي المشتري زيادة الثمن وهو منكر فيكتفي بحلفه وانما
ثبت التحالف بعد القبض بقوله صلي الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قايمة تحالفا وترادا وبدا بيمين المشتري لانه اقواهما انكارا لانه المطالب اولا بالثمن
فيكون هو البادي بالانكار فيبدا بيمينه لو سلعة بثمن اي هذا اذا كان بيع عين بدين
والا اي وان لم يكن كذلك بل بيع عين بعين حتى يكون مقايضة او ثمن بثمن حتى يكون
صرفا فبايهما شا اي بدا القاضي بيمين ايهما شا لاستوايهما في فايدة النكول
وصفة التحالف ان يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البايع بالله
ما باعه بالف وفسخ القاضي اي فسخ القاضي البيع بينهما بطلب احدهما
او طلبهما ولا ينفسخ وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول
لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل منهما فبقي بيعا بثمن مجهول ويفسخه

في البيع اولى لان حجة البايع
في الثمن اكثر اثباتا وحجة
المشتري في المبيع اكثر اثباتا
وان عجزا اي لم يكن لكل منهما
بينة قيل للمشتري صح

بينهما
القاضي قطعا للمنازعة وفرع عليه ما ذكر في المبسوط بقوله فلو وطي المشتري الجارية المبيعة
بعد التحالف وقبل الفسخ يحل اي وطيه لانها لم تخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضي
ومن نكل عن اليمين من المتبايعين لزمه دعوى الاخر بالقضا لانه صار مقرا بما يدعيه
الاخر او باذلا له لا تحالف في اصل البيع والاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن
ومكان دفع المسلم فيه وحلف المنكر اي منكر البيع والاجل وغيرهما لان هذا الاختلاف
في غير المبيع والثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في العقد ولا بعد هلاك
المبيع او خروجه عن ملكه او تغيره بالعيب يعني اذا هلك المبيع او خرج عن ملكه
او تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا في
الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف بل القول للمشتري وعند محمد يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك لان كلا منهما يدعي حقا ينكره الاخر فيتحالفان
ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع مخالف القياس فلا يتعدى الى حال هلاك
السلعة كذا بعضه اي اذا هلك بعض المبيع او خرج عن ملكه ثم اختلفا
في الثمن لم يتحالفا الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك اي عدم اخذ شي
من ثمن الهالك وجعل العقد كان لم يكن الا على القايم ولا في بدل الكتابة اي لا
تحالف ايضا بين المولى والمكاتب اذا اختلفا في قدر بدل الكتابة لان التحالف يكون
في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم لجواز العجز
واذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قول العبد
مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقاما البينة فبينة المولى اولى لانها تثبت
الزيادة ولا في راس المال بعد اقالة السلم اي اذا اقالا عقد السلم واختلفا في راس
المال لم يتحالفا اذ لو تحالفا تنفسخ الاقالة ويعود السلم وهو لا يجوز لان
اقالته اسقاط الدين والساقط لا يعود بل صدق المسلم اليه لو حلف

حاشيه الاختلاف في الحط والابرا بخلاف الاختلاف في وصف الثمن

لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو منكر ولا يعود السلم لما ذكران الساقط لا يعود بخلاف البيع يعني
اذا اختلفا في قدر الثمن بعد الاقالة وقبل قبض المبيع بحكم الاقالة تحالفا وعاد البيع والفرق
ان الغرض من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل منهما الى اصل ماله واليه الاشارة بقوله
صلى الله عليه وسلم تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا الغرض لان الاقالة
في السلم بعد نفاذها لا يحتمل الفسخ كسائر اسباب الفسخ حتى لو قال نقضنا الاقالة لا
تنتقض فلا تحتمل الفسخ لما مر ان الساقط لا يعود واما الاقالة في البيع فهما تحتمل
الفسخ بسائر اسباب الفسخ حتى لو قال نقضنا الاقالة فاحتمل الفسخ بالتحالف
ايضا لانتفا المانع هنا لان ملك العين يحتمل العود اختلفا في قدر المهر قضي
لمن برهن اي اقام البينة لانه نور دعواه وهي كاسمها مبينة وان برهنا فلها
اي قضي للمراة ان شهد مهر المثل له اي للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج او اقل لان الظاهر
يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف الظاهر وقضي له اي الزوج ان شهد اي مهر المثل
لها بان كان مثل ما يدعيه او اكثر لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر وان لم يشهد اي مهر
المثل لهما اي لواحد منهما بان كان اقل مما ادعته واكثر مما ادعاه تهاترا اي تساقطا
لاستوائهما في الاثبات لان بينتها تثبت الزياده وبينته تثبت الحط فلا
يكون احدهما اولى من الاخر وان عجزا عن البرهان تحالفا وايهما نكل لزمه دعوى
الاخر لانه صار مقرا بما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية
وهو لا يفسد النكاح اذ المهر تابع فيه بخلاف البيع فان عدم تسميته يفسده
كما مر في البيوع وينفسخ القاضي قطعا للمنازعة بينهما بل يحكم مهر المثل اي
يجعل حكما فيقضي بقوله اي الزوج لو كان مهر المثل كما قال او اقل منه ويقضي
بقولها لو كان مهر المثل كما قالت او اكثر منه وبه اي يقضي بمهر المثل لو كان
مهر المثل بينهما بان كان اكثر مما قاله واقل مما قالته اذ لم تثبت الزيادة على

خصمه وبدلا ولا يفسخ النكاح لان بما بين كل منهما يبطل ما يدعيه صح

مهر المثل ولا الحط عنه للتحالف اختلفا في بدل الاجارة بان ادعي الموجر انه اجره شهرا
بعشرة دراهم وادعي المستاجر انه استاجره بخمسة او المنفعة بان ادعي الموجر
انه اجره شهرا وادعي المستاجر انه استاجره شهرين قبل قبضها اي قبض المنفعة
لو اختلفا فيهما اي بدل الاجارة والمنفعة معا تحالفا وتراد المريد كرالاجل
لعدم جريان التحالف فيه بل القول لمنكر الزيادة ذكره في النهاية ووجه التحالف
ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين
يدعي علي الاخر وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجري فيها الفسخ
فالتحق به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة
معدومة واجيب بان الدار مثلا اقيمت قيام المنفعة في حق ايراد العقد
عليها فكانها قايمة تقديرا وحلف المستاجر اولي لو اختلف في الاجرة
وحلف الموجر لو اختلف في المنفعة واي نكل ثبت قول الاخر واي
برهن قبل وان برهنا فحجة الموجر اولي لو اختلف في الاجرة وحجة
المستاجر اولي لو اختلف في المنفعة نظرا الي زيادة الاثبات وحجة
كل في زايد يدعيه اولي لو اختلف فيهما اي الاجرة والمنفعة بان
ادعي الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة فيقضي بشهرين
بعشرة ولا تحالف لو اختلفا بعد قبض المنفعة والقول للمستاجر
مع يمينه لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن
فسخ العقد فيها وبعد قبض بعضها اي المنفعة تحالفا وفسخت
اي الاجارة فيما بقي والقول للمستاجر فيما مضي لان الاجارة تنعقد
ساعة فساعة علي حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من
المنفعة كان المعقود عليه ابتدا فصار ما بقي من المدة كالمنفرد

بالعقد

٤٦١

بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لان كل جز منه ليس
بمعقود عليه عقدا مبتدا بل الجملة معقودة لعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في
بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة اختلف الزوجان في متاع البيت سوا
قام النكاح بينهما اولا وادعي كل منهما ان المتاع كله له ولا بينة لهما فالقول
لكل منهما فيما يصلح له يعني ان القول فيما يصلح للرجال كالعمامة
والقبا والقلنسوة والطيلسان والمنطقة والكتب والدرع والقوس
والنشاب ونحوها قول الزوج مع يمينه بشهادة الظاهر له وفيما
يصلح للنسا كالدرع والخمار وثياب النسا وحليهن ونحوها قول المراة
مع يمينها لان الظاهر شاهد لها الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع
ما يصلح للاخر اي الا ان يكون الرجل صايغا وله اساور وخواتيم النسا
والحلي والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا اذا كانت المراة دلالة تبيع
ثياب الرجال او تاجرة تتجر في ثياب الرجال والنسا او ثياب
الرجال وحدها كذا في شروح الهداية والقول له اي للرجل فيما
يصلح لهما كالفرش والامتعة والاواني والرقيق والمنزل والعقار
والمواشي والنقود لان المراة وما في يدها في يد الزوج واذا تنازع اثنان
في شي وهو في يد احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص بها
لان لها ظاهرا اخر اظهر من اليد وهو يد الاستعمال فحصل القول
قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق
بكمه فاللابس اولى بهذا اذا كانا حيين فاذا مات احدهما فالمشكل للحي
بيمينه حرا كان او رقيقا اذ لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض هكذا
ذكر في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس

الايمة الحلوائي وقاضي خان وقال شمس الايمة السرخسي في الجامع الصغير وقع في
بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر منهما
بالرا ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في الحياة لان يد الحر اقوى وللحي
في الموت اذ لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا
العبد الماذون والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم
الحر والمكاتب كان محجورا حيث يقضي به للحر اذ لا يد له **فصل** فيمن
يكون خصما ومن لا يكون قال المدعا عليه هذا الشي اودعنيه زيد او اجرنيه
او رهنيه او غصبته منه وبرهن عليه اندفعت خصومة المدعي يعني
ادعى رجل عبدا في يد رجل انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغايب اودعنيه
الى اخر ما ذكرنا فاقام على ذلك بينة او اقام بينة ان المدعي اقر انه لفلان اندفع عنه
خصومة المدعي لانه اثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد خصومة
وقال ابن شبرمة لا يخرج من الخصومة باقامة البينة لانه خصم بيده فصار منا
قضا في دفع الخصومة عن نفسه وقال ابن ابي ليلى يخرج منها بمجرد قوله بغير
بينة اذ لا تهمة فيما يقر به على نفسه وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد رجلا
صالحا تندفع عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع
~~لا تندفع عنه~~ رجع اليه حين ابتلي بالقضا وعرف احوال الناس فقال المحتال من الناس
قد ياخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد سفره ويودعه بشهادة
الشهود حتى اذا جا المالك واراد ان يثبت ملكه فيما قام ذو اليد البينة على ان فلانا
اودعه فيبطل حقه وقال ابو حنيفة تندفع اذا قالوا الشهود نعرفه باسمه
ونسبه او بوجهه لان ذو اليد يحتاج الى دفع الخصومة عن نفسه وانما تندفع اذا ثبت
ان يده ليست يد ملك وخصومة وقد حصل ذلك لانه اثبت ببينته انه

في شي هو في ايديهما يقضى بينهما لاستوايهما في اليد بخلاف لو ثم

او اعاره منه

ليس

ليس بخصم لهذا الدعا فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعي اذ الشهود يعرفون
المودع بوجهه ان قالوا اودعه من لا نعرفه لا اي لا يكون دفعا لاحتمال
ان يكون المودع هذا المنازع كما لو قال اي ذو اليد شريته من الغايب حيث
لا تندفع الخصومة لانه يزعم ان يده يد ملك صار معترفا بكونه خصما
او قال المدعي غصبته او سرقته مني حيث لا تندفع به الخصومة وان وصلية
برهن ذو اليد على ايداع زيد اما الاول ولان فلان المدعي انما صار خصما بدعوى
الفعل عليه لا بيده فلا تندفع دعواه باحالة الملك الى غيره لانه لم يدع
الملك عليه بل ادعى الفعل عليه وهو الغصب والسرقة واما الثالث ففيه خلاف
محمد حيث قال تندفع به لانه لم يدع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول
وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى الملك ولهما ان هذا كتعيين
ذي اليد للسرقة ولو عينه لم تندفع كذا ههنا لان ذلك الفعل يستدعي
فاعلا والظاهر انه الذي في يده وانما ابهمه درا للحد فنزل ذلك منزلة تعيينه
بخلاف غصب مني على البنا للمفعول حيث تندفع به الخصومة اذ لا حد فيه
اذ لا يحترز عن كشفه فلو قضي عليه ثم حضر الغايب فاقام البينة على الملك يقبل
لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد فقط ولو قال اشتريته من زيد
وقال ذو اليد هو اي زيد اودعني دفعت اي الخصومة بلا حجة لتصادقهما
على ان اصل الملك فيه لزيد فالظاهر ان وصوله الى يد ذي اليد من جهته
فلم تكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما تصح على من يكون
له يد ملك الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه فحينئذ تصح
دعواه لانه يثبت بحجته انه احق بامساكه فان طلب المدعي
يمينه على ما ادعى حلف على البتات هكذا وقعت العبارة في الكافي

في الايضاح

والظاهر ان يقع التوكيل بناء على ما ادعا من الايداع وعجز عن اقامة البرهان
عليه حلف على البتات يعني على عدم توكيله اياه لا على عدم علمه بتوكيله اياه
فتدبر ولو قال ذو اليد اودعني وكيله لم يصدق الا ببينة لان الوكالة لا تثبت
بقوله باب دعوى الرجلين حجة الخارج في الملك المطلق اولى
من حجة ذي اليد لان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث كما مر
وفيه خلاف الشافعي اذا نكل المدعا عليه قضي بالمال عليه للمدعي خلافا فالد قيد الملك بالمطلق
احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد
واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في
هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كما سياتي الا اذا ارخا وذو اليد
اسبق لان التاريخ عبرة عند ابي حنيفة في دعوى مطلق الملك اذا كان من الطرفين
وهو قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد اخرا لا عبرة له بل يقضى للخارج ادعى
ان هذا العبد لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد منذ سنة يقضى للمدعي
ولا يلتفت الى بينة المدعا عليه لان ما ذكر المدعي تاريخ غيبة العبد عن يده لا تا
ريخ ملكه فكان دعواه في الملك مطلقا خاليا عن التاريخ وصاحب اليد ذكر التاريخ
لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند ابي حنيفة فكان دعوى صاحب اليد دعوى
مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج برهنا اي الخارجان على ما في
يد اخر يعني ادعى اثنان عينا في يد اخر كل منهما يزعم انها له واقام البينة
قضي به لهما بطريق الاشتراك بينهما لما روي ان رجلين اختصما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل منهما البينة فقضى بها بينهما
بصفين وبرهنا على الشراء منه اي من اخر فلكل نصفه بنصف ثمنه او تركه يعني
اذا كان عبد في يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه واقاما بينة

موقع الايداع ويكون العف فان طلب مدعي الايداع يمين مدعي التوكيل صح

الاخر وقول محمد اولا وعلى قول ابي يوسف صح

٤٦٥

بلا توقيت فكل منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي
تشهد به بينته ورجع على البايع بنصف ثمنه ان كان دفعه لاستوايهما
في الدعوي والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شا
ترك لانه شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه
ولعل رغبته في تملك الكل فلم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن ويترك احدهما
بعد القضا لم يأخذ الاخر كله يعني اذا قضي القاضي بينهما نصفين فقال احدهما
لا اختار لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ
العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضا القاضي لا يعود الا بتجديده ولم يوجد
وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار
وهو الظاهر كذا في العناية وهو اي ما ادعاه شخصان للسابق ان ارخا
اي ان ذكر كل منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشرا في زمان لا ينازعه
الاخر فيه فانه فيه الاخر به ولذي يد ان لم يورخا اي ان لم يذكرا تاريخا لكنه في يد
احدهما فهو اولي لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرايه وتحقيقه يتوقف
على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الي اقرب الاوقات والثانية ان ما مع
البعدية بعدية زمانية فهو بعد اذا تقررتا فقبض القابض وشرا غيره حادثان
فيضافان الي اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني
على شرايه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرايه ويلزم من ذلك ان يكون
شرا غير القابض بعد شرا القابض فكان شراوه اقدم تاريخا وقد تقدم
ان التاريخ المقدم اولي او ارخ احدهما يعني ان المدعي الذي يدان ارخ
احدهما لان التاريخ حالة الانفراد غير معتبر كما مر فيبقي اليد الدال
على سبق الشرا كما عرفت ولذي وقت احدهما فقط لثبوت ملكه في ذلك

ان وقت احد

الوقت مع احتمال الاخران يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك بلا يد لهما
بان كان المبيع في يد ثالث يعني اذا ذكر بينة الخارج وقتا فذو اليد اولي اذ بذكر
الوقت لا يزود احتمال سبق ذي اليد لان تمكنه من قبضه يدل علي سبق شرايه
الا ان يشهد شهود الخارج ان شراه قبل شرا صاحب اليد اذ ينقض بها
اليد لان الصريح يفوق الدلالة وعلي نكاح عطف علي قوله علي ما في يد اخر
يعني ان ادعي كل من الخارجين ان هذه المراة زوجته سقطا اي البرهانان ان لم
يورخا او استوي تاريخهما لتعذر القضا بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك
فهي لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع
الي تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما زوجها الا ان تكون المراة
في بيت الاخر او دخل بها فيكون هو اولي ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها
او من الدخول بها دليل علي سبق عقده الا ان برهن الاخر انه تزوجها قبله فيكون هو
اولي لان الصريح يفوق الدلالة فالحاصل انهما اذا تنازعا في امراة واقاما البينة
فان ارخا وتاريخ احدهما اقدم كان هو اولي وان لم يورخا او استوي تاريخهما
فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الي منزله كان هو اولي وان لم
يوجد شي من ذلك يرجع الي تصديق المراة وان صدقت غير ذي برهان يعني
ان ما ذكر فيما اذا صدقت لاحد المدعيين وان صدقت غير ذي برهان فهي له كان هو
لما عرفت ان النكاح يثبت بتصادق الزوجين فان برهن الاخر قضي له لانه اقوي
من التصادق ثم لا يقضي لغيره اذ لا شي اقوي من البرهان الا اذا اثبت سبق عقده
لان البرهان مع التاريخ اقوي من البرهان بدونه كما لا يقضي بحجة الخارج علي ذي
يد ظاهر النكاح الا باثباته اي اثبات سبق نكاحه علي قبات ذي اليد الشرا
والمهر اولي من هبة وصدقة مع قبض يعني اذا ادعي احدهما شرا من شخص والدعي

الاخر

الاخر هبة وقبضا من ذلك الشخص واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشرا اولي
لانه اقوي لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف
الملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشرا فيه اولي اذ عند اختلاف الملك يصير
كل منهما خصما عن ملكه لحاجته الي اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد
الملك لا يحتاجان الي اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما يحتاجان الي اثبات
سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوي وفيما اذا كان معهما تاريخ والملك
لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف
ما اذا كان الملك مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ كما سياتي ان شاء الله تعالي
وكذا الشرا والصدقة مع القبض في جميع ما ذكر من الاحكام واما كون المهر اولي
من هبة وصدقة مع قبض فمعناه ان رجلا ادعي عبدا مثلا في يد رجل انه وهبه
له او تصدق به عليه وقبض وادعت امراة ان ذا اليد تزوجها علي ذلك العبد
وقبضته كان المهر اولي لانه كالشرا اذ كل منهما عقد معاوضة يثبت الملك
بنفسه ورهن معه اي مع قبض اولي من هبة معه استحسانا والقياس كون
كون الهبة اولي لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان
المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوي
لان بينتها اكثر اثباتا بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتها والبيع ولو بوجه
اقوي من الرهن برهن خارجان علي ملك مطلق مورخ اي واحد غير ذي اليد احترز
بهذا عما اذا برهنا علي ما في يد اخر كما مر او برهن خارج علي ملك مطلق مورخ
وذو اليد علي ملك اقدم تاريخا فالسابق اولي لانه اثبت انه اول المالكين فلا
يتلقي الملك الا من جهته ولو برهنا علي شرا متفق تاريخهما من اخر ووقت
احدهما فقط قضي لهما نصفين في الصورتين اما في الاولي فلان كلا منهما يثبت

او شرا مورخ صح

الملك لبايعه وملك بايعه مطلق ولا تاريخ فيه فصار كما اذا احضر البايعان فادعيا
الملك بلا تاريخ فيكون بينهما نصفين واما في الثاني فلان توقيت احدهما لا يدل علي
تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما
اتفقا علي ان الملك لا يتلقي الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له به
حتي يتبين ان غيره تقدمه ولو برهن خارج علي الملك وذو يد علي الشرا منه
بان كان عبدا مثلا في يد زيد فادعاه بكر بانه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد
علي الشرا منه فذو اليد اولي لان الخارج اذا كان يثبت اولية الملك فذو اليد
يتلقي الملك منه ولا تنافي فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعي الشرا منه
كذا ان برهن كل من الخارج وذي اليد علي النتاج ونحوه وهو كل سبب للملك لا
يتكرر فانه في معني النتاج كالنسج في ثياب لا تنسج الا مرة كنسج الثياب
القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي
وجز الصوف ونحوها وان كان سببا يتكرر لا يكون في معني النتاج فيقضي
به للخارج كالملك المطلق وهو مثل الخز والبنا والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب فان اشكل يرجع الي اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم
قضي به للخارج لان القضا ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج
فاذا لم يعلم يرجع الي الاصل ولو كان النتاج ونحوه عند بايعه فان كلا منهما
اذا تلقي الملك من رجل واقام البينة علي سبب الملك عنده لا يتكرر فهو
بمنزلة اقامتها علي سبب ذلك السبب عند نفسه فذو اليد اولي من الخارج
لان بينته قامت علي اولية ملكه فلا يثبت للخارج الا بالتلقي منه الا اذا
ادعي الخارج عليه فعلا قال في الذخيرة الحاصل ان بينة ذي اليد علي النتاج
انما تترجح علي بينة الخارج علي النتاج او علي مطلق الملك بان ادعي وذو اليد النتاج

٤٦٩

ملكا
وادعى الخارج النتاج او ادعى الخارج مطلقا اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو
الغصب والوديعة او الاجارة او الرهن او العارية او نحوها فاما اذا ادعى
الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى وانما قال في رواية لما قال في العمادية
بعد نقل كلام الذخيرة ذكر الفقيه ابو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما
ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يد رجل اقام اخر بينة انها دابته
اجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وذو اليد اقام بينة انها دابته
نتجت عنده فانه يقضي بها لذي اليد لانه يدعي ملك النتاج والاخر يدعي الاجارة
او الاعارة والنتاج اسبق منهما فيقضي لذي اليد وهذا خلاف ما نقل عنه
ولو برهن احدهما من الخارج وذو اليد على الملك المطلق والاخر على النتاج فذو
النتاج اولى لان برهانه قام على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي منه
ولو برهن كل من الخارج وذي اليد على الشراء من الاخر اي صاحبه بلا وقت سقطا وترك
في يده عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقضي بالبينتين ويكون
للخارج لامكان العمل بهما بان يجعل ذو اليد كانه اشترى من الاخر وقبض
ثم باع لان القبض دليل الشرا كما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز عنده
وان كان في العقار ولهما ان الاقدام على الشرا اقرار منه بالملك له فصار كما اذا قاما
على اقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا وان وقتت البينتان في العقار
ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضي لذي اليد عندهما فيجعل كان
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند
محمد يقضي للخارج اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا
قبضا قضي لذي اليد بالاجماع لكون البيعين جائزين على القولين وان وقت
ذي اليد اسبق قضي للخارج فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم

ثم وصل اليه بسبب اخر ولم يرجح بكثرة الشهود والاعدلية يعني اذا اقام احد المدعيين
شاهدين والاخر اربعة مثلا او احدهما عدلين والاخر اعدلين فهما سوا اما الاول
فلان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يرجح القياس بقياس اخر وكذا الحديث واما
الثاني فلان المعتبر في الشاهد اصل العدالة ولا حد للاعدالية فلا يقع الترجيح بها
ادعى احد خارجين نصف دار والاخر كلها يعني اذا كانت دار في يد رجل ادعاها
اثنان احدهما كلها والاخر نصفها وبرهنا فالربع للاول والباقي وهو الثلاثة
الارباع للثاني عند ابي حنيفة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم
له فصارت منازعتهما في النصف الاخر فيتنصف بينهما وعندهما هي بينهما
اثلاثا فمدعي الجميع ياخذ سهمين ومدعي النصف ياخذ سهما واحدا فيقسم
بينهما اثلاثا وان كانت اي الدار معهما اي في يدهما فهي للثاني وهو مدعي الكل
لانه اذا برهن كان نصفها له على وجه القضا وهو الذي كان بيد صاحبه اذا اجتمع
فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فقضى له بذلك ونصفها لا
على وجه القضا وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعيه ولا قضا بلا دعوى
فيترك في يده برهنا على نتاج دابة اي تنازعا في دابة واقام كل منهما البينة
انها نتجت عنده او عند بايعه مطلقا اي سوا كانت في يدهما او في يد احدهما
او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف ذكره الزيلعي وارخا قضي لمن وافق سنها وقته
بشهادة الظاهر وان اشكل اي سن الرواية بان لم يوافق التاريخين فلهما اي قضي
لهما بها لان احدهما ليس باولى من الاخر ان لم تكن في يد احدهما فقط بان كانا خارجين
والدابة في يد ثالث او في يدهما والا اي وان كانت في يد احدهما فله اي قضي
بها الذي اليد لان الامر لما اشكل سقط التاريخان فصار كانهما لم يورخا ذكره الزيلعي
وان خالف اي سنها الوقتين لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده كذا

بطلت البينتان ح

في الهداية

في الهداية والكافي قال الزيلعي الاصح انهما لا يبطلان بل يقضي بها بينهما ان كانا خارجين
او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضي بها الذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت
لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر
فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صار اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فلا
فرق بينهما كما اذا اشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد
والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشي ولهذا قلت كانت لهما نشتركاه
فيهما لو كان المدعيان خارجين او ذوي يد ولو في يد احدهما كانت له لما ذكر برهن
احدهما على غصب شي والاخر ايداعه نصفه اي اذا كان عين في يد رجلين فبرهن
احدهما على الغصب والاخر على الوديعة يقضي بها بينهما نصفين لان الوديعة
تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق
بخلاف ما اذا خالفه بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق كما تقرر في موضعه ادعى
الملك في الحال وشهد الشهود انه هنا كان ملكه تقبل يعني اذا ادعى الملك في الحال
وشهد الشهود ان هذا العين كان ملكه تقبل لان شهادتهم تثبت الملك في الحال
الماضي وما يثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل كذا في العمادية نقلا
عن المحيط الراكب واللابس اولى من اخذ اللجام والكم اي اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها
والاخر متعلق بلجامها او تنازعا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه كان الراكب
واللابس اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر لاختصاصه بالملك فكانا
صاحبي يد والمتعلق خارج وذو اليد اولى واما اذا اقام البينة فبينة الخارج اولى الا مر
مرارا ومن في السرج اولى من رديفه لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف
ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو تعلق
احدهما بذنبها والاخر ممسك للجامها كان للممسك اذ لا يمسك اللجام غالبا الا المالك

نصار

يقضي بهما

بخلاف المتعلق بالزنب وذو حملها اولى من معلق كوزة اي اذا تنازعا في دابة عليها
حمل لاحدهما وللاخر كوز فالاول اولى لانه اكثر تصرفا فيها وبنصف البساط بين
جالسه والتعلق به بحكم الاستوا بينهما لا بطريق القضا لان الجلوس ليس بيد
عليه لان اليد يكون بكونه في بيته او نقله من موضعه بخلاف الركوب
واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا
بالقعود على البساط لمن معه اي في يده ثوب وطرفه مع الاخر حيث
يتنصف بينهما لان يد كل منهما ثابت فيه وان كان يد احدهما في الاكثر
ولا يرجح به لما مران الترجيح لا يكون بالاكثرية لا هدبته اي لا يكون هدبته
مع الاخر حتى لو كانت معه لا توجب التنصيف لانها ليست بثوب
لانها غير منسوجة فلم يكن في يده شي من الثوب فلا يزاحم الاخر بخلاف
جالسي دار تنازعا فيها حيث لا يقضى بها بينهما الا بطريق الترك ولا بغيره
لان الجلوس لا يدل على الملك الحايط لمن جذوعه عليه او متصل به اتصال
تربيع الاتصال نوعان احدهما اتصال ملازقة وهو ان يلازق احد
الطرفين بالاخر والثاني اتصال تربيع وهو ان تكون لبنات الحايط
المتنازع فيه متداخلة في انصاف لبنات الحايط الذي لا نزاع فيه
وان كان الحايط من خشب فالتربيع ان تكون اطراف خشبات احدهما
ظاهرة لصاحبه لان الظاهر انه هو الذي بناه مع حايطه اذ مداخلة
انصاف اللبنات واطراف الخشبات لا يتصور الا عند بنا الحايطين معا
فكان اولى وكذا اذا كان لاحد المتنازعين جذوع على الحايط كان له لان
صاحب الجذوع مستعمل للحايط بما وضع له الحايط وهو وضع الجذوع
عليه لا لمن عليه هرادي وهي خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب

فانها

٤٧٣

فانها غير معتبرة وكذا البواري لانه لم يكن استعمالاته وضعا اذ الحائط
لا يبنى لهما بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهوادي والبواري بل يبنى الجاري
لو تنازعا يعني اذا تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هوادي ولم يكن للاخر
عليه شي فهو بينهما فهو يختص به صاحب الهوادي وذو بيت من دار
كذي بيوت منها في حق ساحتها يعني اذا كان بيت من دار فيها بيوت
كثيرة في يد زيد والبيوت الباقية في يد بكر فهي اي الساحة تكون بينهما
حال كونها نصفين لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها
والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير
الطريق بخلاف الشرب اذا تنازعا فيه فانه بقدر الارض اي يقسم بينهما
بقدر ارضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي
تكثر الحاجة اليه برهنا اي الخارجان على يد في ارض اي على ان لكل منهما
يدا فيها قضي بيدهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها
والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي ولو برهن عليه احدهما او كان
تصرف فيها بان لبن فيها او بنى او حفر قضي بيده اما الاول فلقيام
الحجة فان اليد حق مقصود واما الثاني فلوجود التصرف والاستعمال
فيها صبي يعبر اي يتكلم ويعلم ما يقول قال انا حر فالقول له لانه اذا كان
يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا تقبل دعوى احد عليه انه عبده عند
انكاره الا ببينة كالبالغ فان قال انا عبد فلان وهو غير ذي اليد قضي
لمن معه يعني لانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان الصبي في يده ذا اليد
كالمتاع في يده فان قيل الاقرار بالرق ضار فكان الواجب ان لا يعتبر في
حق الصبي قلنا الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض لدعوى

الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه فلو
كبر وادعى الحرية يسمع اي ادعاؤه بالبينة لان التناقض في دعوى الحرية لا يمنع
صحة الدعوى كما سياتي تحقيقه ان شاء الله تعالى باب
دعوى النسب اعلم ان الدعوى نوعان احدهما دعوة الاستيلاد وهو
ان يكون العلوق في ملك المدعي والثاني دعوة التحرير وهو ان لا يكون العلوق
في ملك المدعي والاول اولى لانه اسبق لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار
دعوة التحرير على الحال وسياتي توضيحه ان شاء الله تعالى باع امة فولدت
لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه يثبت نسبه وامية امها وقال زفر وان فعي
لا يثبت لانه بعد اقراره بالبيع بالامة فيالدعوى يصير متناقضا ولنا ان مبنى
النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض كما سنذكر فتقبل دعوته اذا
تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل مدته كالبينة العادلة في اثبات
النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منها وامر النسب على الخفا فقد يظن
المرأ ان العلوق ليس منه ثم يظهر انه منه فكان عذرا في اسقاط اعتبار
التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فيظهر
انه باع ام ولده فيفسخ البيع لعدم جواز بيع ام الولد ويرد الثمن لان سلامة
الثمن مبنية على سلامة المبيع بخلاف دعوى ابيه البايع لعدم انعقاد
العلوق على ملكه اذ كان له حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع وان
ادعاه المشتري قبل ثبت اي نسبه منه لانه يحمل على انه نكحها واستولدها
ثم اشتراها ولو ادعاه معه اي مع البايع او بعده لا اي لا يثبت نسب
المشتري لان دعوة البايع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه والاولى اقوى

لما مر

لما مر كذا اي يثبت النسب من البايع ان ماتت الام فادعاه البايع وقد ولدت
لاقل و ياخذه ويسترد المشتري كل الثمن لان الولد هو الاصل في النسب
لانها تستفيد الحرية وله حقيقة الحرية والحقيقة اقوى من الحق فيستتبع منه
الادنى ولا يضره فوات التبع بخلاف الولد فانه اذا مات دون الام فادعاه البايع
وقد ولدت للاقل لم يثبت نسبه لاستغنايه بالموت عن النسب ولم تصر ام
ولده لان الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان اصلا وهو باطل بخلاف بيعه فانه اذا
باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه فهو ابنه
ويبطل البيعان لان اتصال العلوق بملكه كالبينة العادلة والبيع يحتمل النقض
وما له من حق الدعوة لا يحتمله فنقض البيع لاجله واعتاقهما اي اعتاق المشتري
الام وولدها كموتهما حتى لو اعتق الام لا الولد فادعى البايع الولد انه ابنه صحت دعوته
وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد لا الام لم تصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الام
اما الاول فلانها لو صحت يبطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان
واما الثاني فلانها تبع له فاذا لم يصح في حق الاصل لم يصح في حق التبع ضرورة
والتدبير كالاعتاق لانه ايضا لا يحتمل النقض لثبوت بعض اثار الحرية كامتناع
التمليك للغير وفيما اذا اعتق المشتري الام او دبرها يرد البايع على المشتري
حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت كذا في
الهداية وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق
على هذا بين الموت والعتق بان القاضي كذب البايع فيما زعم حيث جعلها
معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيواخذ
بزعمه فيسترد حصتها ايضا كذا في الكافي ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت
البيع لم تصح دعوة البايع اذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد.

والحجة وصدقه المشتري اي صدق المشتري البائع يثبت النسب لان عدم ثبوته
لرعاية حقه واذا صدق زال ذلك المانع ولم يبطل بيعه للجزم بان العلوق ليس في ملكه
فلا يثبت حقيقة الملك ولا حقه لانه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وكانت
ام ولده نكاحا هي امة ولدت من زوجها فملكها او امة ملكها زوجها فولدت فادعى
الولد ولو ولدت فيما بين الاقل والاكثر وصدقه اي المشتري كان الحكم كالاول يعني يثبت
نسبه واميتها ويفسخ البيع ويرد الثمن ثم لما بين حكم ولد امة ولدت بعد ما باعها
ثم ادعاه اراد ان يبين حكم ولد ولد عنده بقوله باع المولود عنده فادعاه بعد بيع مشتريه
ثبت نسبه ورد بيعه لان اتصال العلوق بملكه كالبينة كما مر والبيع يحتمل النقض العادله م
وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله كذا لو كاتب الولد او رهنه او اجره
او كاتب الام او رهنها او اجرها او زوجها ثم ادعاه حيث يثبت النسب وترد
هذه التصرفات بخلاف الاعتاق على ما مر باع احد توامين وهما ولدان بين ولادتهما
اقل من ستة اشهر فيكونان من ماء واحد اذ لا يتصور علوق الثاني حادثا اذ لا حبل اقل
من ستة اشهر والعلوق على العلوق متعذر لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم واذا كان كذلك فاذا ادعى
احدهما ثبت نسبهما منه لانهما لا ينفصلان نسبا فثبوت نسب احدهما يستلزم
ثبوت نسب الاخر علوقهما وولادتهما عنده واعتقه مشتريه ثم ادعى البائع الاخر
ثبت نسبهما وبطل عتق المشتري لان الذي عنده ظهر انه حر الاصل فاقتضى كون الاخر
ايضا كذلك لاستحالة كون احدهما حر الاصل والاخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد
فكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهو حرية الاصل قال لصبي هذا الولد مني ثم قال
ليس مني ثم قال هو مني يصح اذ بالاقرار بانه ابنه تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له
فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا
الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد مني

ثم قال

٤٧٧

ثم قال ليس مني لا يصح النفي لان النسب يثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئه ولكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق يثبت النسب لان الاقرار لا يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انه ابنه تقبل بينته والاقرار بانه ابني مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لا تقبل لانه اقرار على الغير كذا في العمادية قال لصبي هو ابن زيد ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان وصلية جحد زيد بنوته وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا جحد زيد بنوته فهو ابن المولى واذا صدقه زيد او لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم لهما ان الاقرار ارتد برد زيد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان لم يحتمل النقض وله ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد اذ تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ايضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له قال لصبي كان في يد مسلم وكافر مسلم هو عبدي وكافر هو ابني كان ابنا وحرا ان ادعيا معا لانه يكون حرا حالا ومسلما مالا لظهور دلايل التوحيد لكل عاقل وفي العكس يثبت الاسلام تبعا ولا يحصل له الحرية مع عجزه عن تحصيلها وان سبق دعوة المسلم كان عبدا له كذا في النهاية وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم لاستوائهما في دعوة البنوة وترجح المسلم بالاسلام وهو اولى للصبي لحصول الاسلام له حالا تبعا لابيه قال زوج امراة لصبي معهما هو ابني من غيرها وقالت ابني من غيره فهو ابنهما لو كان غير معبر والا اي وان كان معبرا فهو لمن صدقه لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الاخر لاستوائهما فيه وقيام ايديهما وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر عليه

الاب لا يبطل لعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب الاقرار

صواب للمقر كما في عزمي

قال في الغاية ولقائل ان يقول هذا الذي يخالف الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلايل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ... الكفر ... وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي ... الاحاديث الدالة على الرحمة

[illegible]

على انه متهما ادعت ذات زوج بنوة صبي لم يجز حتى تشهد امراة على الولادة لانها
تدعي تحمل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف دعوى الرجل فان فيه
تحميل النسب على نفسه ثم شهادة القابلة حجة فيها لان الحاجة الى تعيين الولد
اذ النسب يثبت بالفراش القائم وان كانت معتدة لزم حجة تامة عند ابي
حنيفة رحمه الله وهي رجلان او رجل وامراتان الا اذا كان هناك حبل ظاهر
او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر
في الطلاق ولولا النكاح والعدة كان ابنها اي اذا لم تكن ذات زوج ولا معتدة يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها كما في الرجل ولدت امة تزوجها
اي رجل على انها حرة او اشتراها او اتهبها واستحقت يعني من وطئ امراة
معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت ثم استحقت الوالدة غرم الاب قيمة
الولد بالاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل
الولد حر الاصل في حق ابيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا اليهما ثم الولد
حاصل في يده بلا تعد منه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلذا
تعتبر قيمته يوم يخاصم لانه يوم المنع وهو حر لما مر انه خلق من ماء الحر
ولم يرض الوالد برقيته كما رضي في الامة المنكوحة وان مات فلا شيء على ابيه
لانعدام المنع ويرثه اي يكون الاب وارثا له لانه حر الاصل في حق ابيه فما
ترك يكون ميراثا لابيه وان قتله ابوه او قتله غيره واخذ اي ابوه دية غرم
اي ابوه قيمته في الصورتين اما في الاولى فلتحقق المنع من الاب بقتله واما
في الثانية فلسلامة الولد له اذ الدية بدل المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامة بدله
فيغرم قيمته للمستحق كما لو كان حيا ورجع بها اي بالقيمة التي ضمنها كثمنها
اي كما رجع بثمن الجارية على بايعه اي بايع الولد ببيع امه لانه ضمن له سلامته

جز المبيع والبايع يضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزايه لان الغرور يشملها لا بالعقر
اي لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفا منافعها وهي ليست من اجزا المبيع فلم
يكن البايع ضامنا لسلامته

فصل

الاستشرا والاستيهاب والاستيداع
والاستيجار اي طلب شرا شي من غيره وطلب هبته منه وطلب ايداعه عنده وطلب
اجارته لم يمنع دعوى الملك للطالب لان كلامنها اقرار بان ذلك الشي ملك لذي
اليد فيكون الطلب بعده تناقضا والاستنكاح في الامه يمنعها اي دعوى
الملك وفي الحرة يمنع دعوى النكاح كذا في مجمع الفتاوى ادعى على اخر مالا فقال
الخصم المدعا عليه على وجه الدفع ابراني عن دعواه وبرهن فادعى ثانيا انه
اي المدعا عليه اقر بعد الابرا فلو كان قال اي الخصم ابراني وقبلته او قال صدقته
في ذلك لم يصح دفع الدفع يعني دعوى الاقرار وان لم يكن قال قبلت الابرا صح لانه
اذا لم يقل ذلك جاز ان يكون المدعا عليه لرده الابرا لانه يرتد بالرد بخلاف ما اذا قال
قبلت الابرا لانه بعد القبول لا يرتد بالرد كذا في الفتاوى الظهيريه ادعى
رجل على رجل مالا فقال اي الاخر ما كان لك علي شي قط معناه نفي الوجوب عليه
في الماضي على سبيل الاستغراق فبرهن اي المدعي على الف وبرهن المنكر على القضا
او الابرا قبل هذا اي صار برهان المنكر مقبولا وقال زفر لا يقبل لان القضا يتلو
الوجوب وقد انكره فكان مناقضا في دعواه ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق
قد يقضى ويبرا منه دفعا للخصومة الا ان يزيد اي المدعا عليه بان يقول ولا اعرفك
او ما اشبهه كقوله ولا رايتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة فلا تقبل بينته على القضا
ولا الابرا لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطا وقضا واقتضا
ومعاملة بلا اختلاط ومعرفة وقيل يقبل منه ايضا نقل القدوري عن اصحابنا
انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يوذي بالشغب على بابه فيامر بعض

وكلا بيد بارضاية ولا يعرفه ثم يعرفه فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان
المدعا عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الاولى في
هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة كذا في العناية وقال في القنية
المدعا عليه قال للمدعي لا اعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الايصال لا يسمع
ولو ادعى اقرار المدعي بالوصول او الايصال يسمع قال احد الورثة لا دعوى
لي في التركة لا تبطل دعواه لان ما ثبت شرعا من حق لازم لا يسقط بالاسقاط
كما لو قال لست انا ابنا لابي قال لست انا وارث فلان ثم ادعى ارثه وبين الجهة
صح لما سيأتي ان التناقض في موضع الخفا لا يمنع صحة الدعوى وقال ذو اليد
ليس هذا لي ونحوه اي ليس ملكي او لاحق لي فيه ونحو ذلك ولا منازع ثمة
ثم ادعاه اي اخر فقال ذو اليد هو لي صح والقول قوله لان هذا الكلام لم يثبت
حقا لاحد لان الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يبطل اذا تضمن
ابطال حق على اخر ولو كان ثمة منازع كان اقرارا للمدعي رواية وهي رواية الجامع
الصغير وفي اخرى لا وهو رواية دعوى الاصل لكن قالوا القاضي يسال
ذا اليد اهو ملك المدعي فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكر امر المدعي
باقامة البينة عليه ولو قاله اي قال ليس هذا لي ونحوه الخارج لا يدعي
ذلك الشي بعده للتناقض وانما لم يمنع ذو اليد على ما مر لقيام اليد كذا
في العمادية ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على اخر لم تسمع كذا في القنية
اقرار مال لغيره كما يمنع دعواه لنفسه يمنعها اي دعواه لغيره
بوكالة او وصاية يعني اذا اقر رجل بمال انه لفلان ثم ادعاه لنفسه لا تصح
وكذا اذا ادعاه بوكالة انه لموكله او وصاية انه لورثة موصيه لان فيه تناقضا
لان المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة بخلاف ابرائه عن جميع

صوابه على ابيه كما في عزمي

الدعاوي

الدعاوي ثم الدعوى بهما اي بوكالة او وصية حيث يصح لعدم التناقض
لان ابرا الرجل عن جميع الدعاوي المتعلقة بماله لا تقتضي عدم صحة دعوى مال لغيره على
ذلك الرجل ادعى دارا لنفسه ثم ادعى انها وقف عليه تسمع لدعواه لانه اي لنفسه ثم دعواها
لغيره ولو عكس اي ادعى انها وقف او لفلان ثم ادعاها لنفسه لم يجز في رواية وهي
رواية قاضيخان وجاز في رواية اخرى ان وفق وهي رواية الذخيرة حيث قال فيه
ومن ادعى لغيره بالوكالة او الوصية ثم ادعى لنفسه لا تقبل الا ان يوفق فيقول كان
لفلان ثم اشتريته منه واقام البينة على ذلك فحينئذ يقبل ادعى العصوبة وبين
النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا تساقطا
للتعارض وعدم الاولوية برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط
او على اقرار الميت به اي بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضا بالاول لا بعده
لتاكده بالقضا بخلاف الاول ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعي خصمه قبل
الحكم اقراره مفعول يدعي بانه من ذوي الارحام اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض قال هذا
الولد مني ثم قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح اذ باقراره بانه منه تعلق حق
المقر له اذ يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال
ليس مني هذا الولد لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح اقول قد وقعت
العبارة في الاستروشنية والعمادية هكذا قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح
اذ باقراره بانه منه الى اخره الظاهر انه سهو من الناسخ الاول يدل عليه التعليل الذي
ذكره لانه يقتضي ان يكون ههنا ثلاث عبارات تفيد الاولى اثبات البنوة والثانية
نفيها والثالثة العود الى الاثبات والمذكور فيهما العبارتان فقط ولو عكس اي قال هذا
الولد مني لا اي لا يصح النفي لان النسب يثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي برهن على قول
المدعي انا مبطل في الدعوى او شهودي كذبة او ليس لي عليه شي صح الدفع ولو برهن

علي قوله بدوغ كواهان ارسر لا اي لا يصح الدفع اذ لا يلزم منه كذب شهوده باني بهم الخصم المدعا عليه جا بخط البراة يعني اذا ادعي رجل علي اخر قدرا من المال فاقر به المدعا عليه ثم قد ابرأت ذمتي عنه واظهر كتاب الابرا فقال المدعي نعم كنت ابرأت ذمتك لكني كنت صبيا وقت الابرا فالقول له والبينة علي خصمه لانه اسنده الي حالة منافية للضمان والخصم اذا اثبت بلوغه في ذلك الوقت اندفع كلامه ادعي قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم انها حية رايناها في بلد كذا لا تقبل الا ان يجي بها حية كذا في الذخيرة ادعي الاخوة ولم يذكر اسم الجد صح بخلاف دعوي كونه ابن عمه حيث يشترط فيها ذكر اسم الجد كذا في العمادية التناقض في موضع الخفا لا يمنع صحة الدعوي وقيل يمنع والاول اصح وله فروع كثيرة ذكر بعضها سابقا وسيذكر بعضها ههنا منها واحد فقال فان ادعي الوصية وانكرها الوارث فاقام الموصي له بينة فادعي الوارث الرجوع تقبل وهو الصحيح لان هذا تناقض في طريقه خفا اذ لعل الموصي قد اوصي ولم يعلم الوارث ورجع الموصي ولم يعلم به الوارث فجحد بنا علي ذلك وقيل لا اي لا تقبل لظاهر التناقض وايضا اذا استاجر دارا من رجل ثم ادعي علي الاخر ان هذه الدار ملكي لان ابي كان اشتراها لاجلي في صغري وهي ملكي واقام البينة تسمع ولا يكون هذا التناقض مانعا صحة الدعوي لما فيه من الخفا لان الاب يستقل بالشرا للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك وهو الجاهل وقامت المراة بينة علي الطلاق ثلاثا بعدما اختلعت نفسها لها ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال زوجها في ايقاع الطلاق عليها من غير علمها ولها نظاير ذكرت في العمادية وغيرها تذنيب الكفيل ينتصب خصما عن الاصيل بلا عكس اي لا اصيل لا ينتصب خصما عن الكفيل لان القضا علي الكفيل قضا علي الاصيل والقضا علي الاصيل بامر المطلوب فلقي الطالب الاصيل قبل ان يلقي الكفيل واقام البينة عليه ان لي عليك كذا وفلان كفيل عنك بامرك فانه يقضي علي الاصيل

يعني قضا عليه صورته كان لرجل علي اخر الف درهم وله كفيل

٤٨٣

بالف درهم ولا يكون هذا قضاء على الكفيل حتى لو لقي الكفيل ليس له ان ياخذ منه شي بلا
اعادة البينة عليه ولو لقي الكفيل اولا وادعي ان لي على فلان الغائب كذا وانت كفيل بها لي عنه
بامره واقام البينة يثبت المال عليه وعلى الغائب وينتصب الكفيل خصما عن
الاصيل اذا اشترك الدين بين شريكين لا بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصما
عن الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا اشترك بهما يعني اذا اشترك
بينهما بجهة الارث فاحدهما ينتصب خصما عن الاخر وعند ابي يوسف
ينتصب خصما على كل حال قال محمد ما قاله ابو حنيفة قياس وما قاله
ابو يوسف استحسان ومحمد اخذ بالاستحسان كابي يوسف كذا في
المنتقى ثم على قولهما اذا احضر الغائب وصدق الحاضر فيما ادعي كان بالخيار
ان شا ذلك المدعي فيما قبض ثم يتبعان المطلوب وان شا يتبع المطلوب وياخذ
نصيبه كذا في العمادية كتاب الاقرار اورد بعد الدعوى
لان الدعوى تنقطع به ولا تحتاج بعده الى شي اخر حتى اذا لم يوجد يحتاج
الى الشهادة ولهذا عقبه بها هو مشتق من القرار وهو لغة اثبات ما كان
متزلزلا وشرعا اخبار بحق لاخر عليه لا اثبات له عليه لما سياتي وشروطه
ستذكر في اثنا الكلام ان شا الله تعالى وحكمه ظهور المقر به بلا تصديق
وقبول من المقر له فانه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دالا على المخبر به مدلوله الصدق
والكذب احتمال عقلي كما تقرر في موضعه الا في نسب الولاد يعني اذا اقر رجل
ببنوة غلام مجهول النسب صح اقراره وكذا اذا اقر هو او امراة بالزوج او المولي
صح ويشترط تصديق هولا وسياتي تحقيق بيانه ولكن يرد اي الاقرار برده اي
المقر له لا بعده اي بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ لا ثبوته ابتداء عطف
على قوله ظهور المقر به اي لا ثبوت المقر به للمقر له لانه ليس بناقل للملك من المقر الى المقر له

بالوالدين والولد صح وبحوه وهو ان يقر رجل وامراة صح

اقول سره ان الاقرار اخبار يحتمل الكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشا
كالبيع والهبة ونحوها لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه في الوجود فيمتنع فيه التخلف فقد
فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا ثبوته ابتدا اولا بقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم
حتى يومر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدا لما صح وثانيا بقوله لا الاقرار بطلاق وعتق
مكرها لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان حكمه بثبوت ما اقر به بان كان انشا لصح
لان انشاهما مع الاكراه يصح عندنا وثالثا بقوله ولو ادعاه اي الاقرار ابتدا بان يقول
ان لي عليك كذا لانك اقررت لي لم يسمع عند عامة المشايخ لان نفس الاقرار في الدفع
فانهم اختلفوا هل يصح دعوى الاقرار في طرف الدفع حتى لو اقام المدعى عليه بينة
ان المدعي اقر انه لا حق له على المدعى عليه او اقام بينة ان المدعي اقر ان هذا العين
ملك هذا المدعى عليه هل تقبل قال بعضهم لا تقبل وعامتهم ههنا على انه يقبل
واجمعوا على انه لو قال هذا العين ملكي واقر به صاحب اليد او قال لي عليك كذا
وهكذا اقر به هذا المدعى عليه تصح الدعوى وتسمع البينة على اقراره لانه لم يجعل
الاقرار سببا للوجوب وفي هذه الصور لو انكر هل يحلف على عدم اقراره فيه
خلاف بين ابي يوسف ومحمد قيل يحلف لانه لو نكل يثبت الاقرار والفتوى على انه
لا يحلف على الاقرار وانما يحلف على المال كذا في العمادية ورابعا بقوله ولو كذب
المقر له في اقراره بالمال لم يحل للمقر له اخذ المال الا بطيب نفسه اي نفس
المقر ولو كان حكمه الثبوت لحل اخذه وهو اي الاقرار حجة قاصرة اما حجيته
فلان النبي صلى الله عليه وسلم قد رجم ماعزا باقراره على نفسه بالزنا والغامدية
باقرارها فلما جعل الاقرار حجة في الحدود التي تدرى بالشبهات فلان تكون حجة
في غيرها اولى وعليه انعقد اجماع الامة واما قصوره فلقصور ولاية المقر
عن غيره فيقتصر عليه بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضا وللقاضي ولاية

انك اقررت لي بكذا افاد فعل لي
او اجعله اي الاقرار سببا ان
يقول صح
ليس نا قلا للملك لما عرفت
بخلاف دعواه اي الاقرار صح

٤٨٥

عامة فتتعدي الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضا وله ولاية على نفسه
دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول النسب بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه
وماله ولم يصدق على اولاده وامها تهم ومدبره ومكاتبه ان يثبت حق الحرية او احقاقها
لهولا فلا يصدق عليهم اقر مكلف اي عاقل بالغ حر او عبد ماذون لسنة بمعلوم
متعلق باقر صح اقرار كل من الحر والعبد الماذون اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه
ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته
فكان مسلطا عليه من جهته مطلقا اي سوا كان تصرفا لا يشترط لصحته وتحققه
اعلام ما صادفه ذلك التصرف اولا كما سياتي وشرط التكليف لان الصبي والمجنون
لا يتعلق باقرارهما حكم ولو اقر بمجهول صح ايضا لان الحق قد يلزمه مجهولا بان
اتلف مالا لا يدري قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها لو كان ذلك التصرف
تصرفا لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف كالغصب
والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب من رجل
مالا مجهولا في كيس او وديعة مالا في كيس صح الغصب والوديعة وثبت حكمها
بخلاف ما اشترط له ذلك فان كل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام
ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح كالبيع والاجارة
فان من اقر انه باع من فلان شيا او اجر من فلان شيا او اشترى من فلان
كذا بشي لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شي ولزمه اي المقر مثل الغصب
والوديعة بيان ما جهل بماله قيمة يعني اذا قال لفلان على حق او شي
لزمه ان يبينه بماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له
لا يجب في الذمة فاذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح وصدق المقر
بيمينه ان ادعى خصمه اكثر منه ولم يبرهن يعني ان المقر اذا بين المجهول

بما له قيمة وادعى المقر له اكثر منه فان برهن عليه حكم به والا صدق المقر بيمينه على عدم الزيادة عليه ولم يصح اي اقراره للمجهول اذا فحشت جهالته بان يقول هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لا يكون مستحقا وان لم يفحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الايمة السرخسي لانه اقرار للمجهول لانه لا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وصول الحق الى المستحق لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ ويقال له بين المجهول لان الاجمال من جهته وبيان المجمل على المجمل وصار كما لو اعتق احد عبديه وان لم يبين اجبره القاضي على البيان ايضا لا للحق الى المستحق كذا في الكافي كذا اشارة الى عبد ماذون له في قوله او مكلف حر او عبد ماذون لم محجور اقر بما لا تهمة فيه لحد وقود يعني اقراره به صحيح لان اقرار عبد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقود فيوخذ به الان ولا يوخر الى العتق وكذا محجور اذا اقر بما فيه تهمة كالمال نظرا الى اصل الادمية فيوخر الى عتقه رعاية في حق المولى ولزم في على مال درهم يعني لا يصدق في اقل منه لانه لا يعد مالا عادة ولزم في على مال عظيم نصاب في مال الزكاة وقدر النصاب قيمة في غيره اي غير مال الزكاة يعني لا يصدق في اقل من مايتي درهم في الفضة واقل من عشرين مثقالا في الذهب و في اقل من خمسة وعشرين في الابل ولا في اقل من قدر النصاب قيمة في غير مال الزكاة لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا ولزم في على اموال عظام ثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستماية درهم وفي دراهم ثلاثة اعتبارا لادنى الجمع وفي

بخلاف العود والحد لانه مبني على الاصل الحرية فيهما لانهما من خواص الادمية صح

دراهم كثيرة عشرة اي لا يصدق في اقل منها عند ابي حنيفة لانها اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع
وفي كذا درهما لزمه درهم لانه تفسير للمبهم كذا في الهداية وقال قاضيخان لو قال كذا دينارا عليه ديناران
لان كذ كناية عن العدد واقل العدد اثنان وفي كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما اي لم يصدق
في اقل منه لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف
العطف واقل عددين كذلك من المفسر احد عشر وفي كذا وكذا لزمه احد وعشرون
اي لم يصدق في اقل منه لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل
ذلك من المفسر احد وعشرون ووجب الاقل في الفصلين لتيقننا به والاصل
في الذمم البراة ولو ثلث اي قوله كذا بلا واو بان يقول كذا كذا كذا درهما فاحد
عشر حملا للواحد منهما على التكرار اذ لم يجمع بين ثلاثة اعداد بلا عطف فلابد
من حمل الواحد على التكرار ثم حمل الاثنين على اقل عدد يعتاد المعبر عنه
بذكر عددين بلا عطف وهو احد عشر ومعها اي لو ثلث بلفظ كذا مع
الواو ولو ربع مائة واحد وعشرون لانه اقل مما يعبر عنه بثلاثة اعداد
مع الواو ولو ربع اي قوله كذا مع اثبات الواو بان يقول كذا وكذا وكذا
وكذا زيد الف على العدد قبله فيلزم الف ومائة واحد وعشرون لانه نظيره
على قبلي اقرار بالدين يعني اذا قال له علي من مال كذا او قبلي كان اقرارا
بالدين لان على للايجاب والالزام وقبلي ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان
عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وان وصل به وديعة
اي ان قال المقر بلا تراخي هو وديعة صدق لان المضمون عليه الحفظ
والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال واحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا
لا مفصولا عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي اقرار بالامانة لان الكل
اقرار بكون الشيء في يده وذا يكون امانة قد يكون مضمونا وقد يكون امانة

وهنا اقلها جميع مالي او جميع ما املكه له هبة لا اقرار لان ماله لما ملكه يمتنع ان يكون
لآخر في تلك الحال فلا يصح الاقرار واللفظ يحتمل الانشا فيحمل عليه ويكون هبة يقتضي
التسليم فان وجد صحت والا فلا قوله لمدعي الالف مبتدا خبره الاتي اقرار يعني لو قال
لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قضيتكه او ابرائني
منه او تصدقت به علي او وهبته لي او احلتك به علي زيد اقرار وبلا ضمير لا
اما كون الاربعة الاولى اقرارا فلان الضمير راجع الى الالف المذكور وهو موصوف
بالوجوب فكانه قال اتزن او انتقد او اجل او قضيتك الالف الواجب لك علي مثلا حتى لو لم
يذكر الضمير بان قال اتزن او انتقد او اجل لا يكون اقرارا اذ لا دليل على انصرافه الى المذكور واما الخامس فلان دعواه الابرا
كالقضا لان الابرا اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه واما السادس والسابع
فلان هذا دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته واما الثامن
فلان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدون الوجوب وقوله نعم اقرار يعني
اذا قيل له هل لي عليك كذا فقال نعم اقرار لانه موضوع للجواب ولا يحتاج الى الرابط لا الايما
براسه بنعم في جواب هل لي عليك كذا لان الاشارة من الاخرس قايمة مقام الكلام لا من غيره
اقر بدين موجل وقال المقر له حال صدق بيمينه يعني اذا اقر بدين موجل فصدقه المقر له في
الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه
فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استاجره
منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة ولزم في له علي مائة ودرهم او ثوب ويفسر المائة اي
يرجع في تفسير المائة اليه والقياس في مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعي لانه عطف
مفسرا على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهما فيهما
ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا
بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا في

ودراهم

المقدرات

المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت دينا في الذمة سلما وقرضا وثمنا
بخلاف الثياب فانها لا تثبت الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة كذا او ثوبان
اي اذا قال له علي ماية وثوبان لزمه ثوبان وتفسير الماية وفي الجمع اذا قال له علي
ماية وثلاثة اثواب كلها ثياب لانه ذكر عددين مبهمين اعني ماية وثلاثة وا
واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير لا يقال
الاثواب لا تصلح مميزا للماية لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد ولزم
في علي نصف درهم ودينار وثوب ونصف هذا العبد وهذه الجارية نصف
كل منهما لان الكلام كله وقع على شي بغير عينه او بعينه فينصرف الى الكل
كانه قال لا نصف هذا الى اخره اقر بعشرة دراهم ودانق او قيراط كان
من الفضة لان الاكتفا بالتفسير الاول شايع عندهم قال تعالى ولبثوا في
كهفهم ثلث ماية سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين اقر بتمر في قوصرة لزماه اي
التمر والقوصرة فسر في المبسوط بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان
القوصرة وعا وظرف له وغصب الشي وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف
فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت
من قوصرة لازمة للانتزاع فيكون اقرار الغصب المنزوع وبدابة اي اقر
بدابة في اصطبل لزمته اي الدابة فقط اي بلا اصطبل لان غير المنقول
لا يضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد كذا الطعام في البيت يعني يلزم
الطعام لا البيت الاصل في جنس هذه المسايل ان الظرف ان امكن ان
يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط
عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى
انه لم ينقل لم يصدق لانه اقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على الكمال

وهذا لا مكال ولا موزون

وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور وان لم يكن جعله ظرفا
حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح ان
يكون ظرفا له واقر بخاتم له حلقته وفصه لان الاسم يشملهما واقر بسيف له
نصله وجفنه وحمايله لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديدته
والجفن غمده والحمايل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقته واقر بحجلة له عيدانها
وكسوتها لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانها بيت يزين بالثياب والاسرة والستور
واقر بثوب في ثوب او في منديل لزماه لانه ظرف له حقيقة فامكن نقله كما مر
واقر بثوب في عشرة اثواب له ثوب عند ابي يوسف وقال محمد عليه عشر ثوبا
لان النفيس من الثياب قد يلف في عشره فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة
في جولق ولابي يوسف وهو قول ابي حنيفة اولا ان العشرة لا تكون ظرفا فالواجب عادة
والممتنع عادة كالممتنع حقيقة واقر بخمسة في خمسة بنية الضرب له خمسة
لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال وبنيته مع عشره لو قال اردت
خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال تعالى فادخلي في عبادي
قيل مع عبادي فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح لاسيما اذا كان فيه
تشديد على نفسه كما عرف في موضعه وفي من درهم الى عشرة او ما بين
درهم الى عشرة تسعة عند ابي حنيفة وقالا يلزمه عشرة وقال زفر يلزمه
ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخر حدا والحد لا يدخل في
المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة ان المعدوم لا يجوز ان يكون
حد الموجود ووجوده فدخل الغايتان وله ان الغاية لا تدخل في المغيا
ان الحد يغاير المحدود ولكن ههنا لابد من الادخال للاولى لان الدرهم
الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا

ضرورة

491

ضرورة الى الثانية وفي من داري ما بين هذا الحايط الى هذا الحايط ما بينهما لما ذكر ان الغاية لا تدخل في الغيا اقر بالحمل اي بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان لوجها صحيحا وهو ان رجلا اوصى به لرجل ومات الموصي فيقروا رثه للموصى له مطلقا اي سوا بين سببا صالحا او لا ولراي المقر للحمل صح ايضا لكن لا مطلقا بل ان بين سببا صالحا كارث ووصية بان قال مات ابوه فورثه او اوصى به له فلان فالاقرار به صحيح لانه بين سببا لو عاينا ه حكمنا به فكذا اذا ثبت باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار ولو محتملا وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر منذ مات المورث او الموصي اذا كانت ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة فان ولدت حيا لاقل من ستة في الصورة الاولى او من سنتين في الصورة الثانيه فله ما اقر لوجوده في البطن حين مات المورث او الموصي او ميتا ان ولدت ميتا فللموصي والمورث اي يرد المال الى ورثة الموصي والمورث لان هذا الاقرار لهما في الحقيقه وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما او ولدت حيين فلهما ما اقر نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين فان بين بغير صالح للسببية كبيع واقراض وهبة بان قال باع الحمل مني او اقرضني او وهب لي او ابهم الاقرار ولم يبين سببا بان قال على لحمل فلانة كذا لغي اما الاول فلانه بين مستحيلا لعدم تصورها من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه واما الثاني فلان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا

اشهر صح

وانعقد رجلان لمقرار فى مجلسين

صرح به اشهد اي جعل رجلان شاهدين على الف في مجلس اخر لزم الفان يعني لو اذا ارصكا على الشهود فاقر عندهم مرتين او اكثر بالف في ذلك الصك فالواجب الف واحد اتفاقا لان الثاني هو الاول لكونه معرفا بالمال الثابت في الصك وان لم يقيد بالصك بل اقر بحضرة شاهدين بالف ثم في مجلس اخر بحضرة شاهدين بالف بلا بيان السبب فعند ابي حنيفة يلزم الفان بشرط عدم مغايرتهما لهما في اخرى وهذا بناء على ان الثاني غير الاول كما اذا كتب لكل الف صكا واشهد على كل صك شاهدين وعندهما يلزمه الالف واحد لدلالة العرف على ان تكرار الاقرار لتاكيد الحق بالزيادة في الشهود اتحد المجلس فاللازم الف واحد اتفاقا على تخريج الكرخي لان المجلس تاثيرا في جمع الكلمات المتفرقة وجعلها في حكم واحد الامر بكتابة الاقرار اقرار يعني لو قال للصكاك ان تشهد بالمال عليه وكذا لو قال اكتب بيع هذه الدار يكون اقرارا بالبيع كتب او لم يكتب ولو قال للصكاك اكتب طلاق امراتي تطلق كتب او لم يكتب كذا في العمادية وانما قال حكما لان الامر انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد ان الامر بكتابة الاقرار اذا حصل حصل الاقرار

قيل

احد الورثة اقر بالدين قيل يلزمه كله و يلزمه حصته يعني اذا ادعى رجل دينا على ميت واقر بعض الورثة به ففي قول اصحابنا يوخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه ابو الليث هو القياس لكن الاختيار عندي ان يوخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والبصري وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وذكر شمس الائمة الحلواني ايضا قال مشايخنا ههنا زيادة شي لا يشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره اذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي

مغايرة الى المدين

اكتب لفلان ٢

ويظهر

٤٩٣

ويظهر ذلك بمسيلة ذكرها في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانه تقبل وتسمع شهادة هذا المقر فلو كان الدين يحل نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا يقبل شهادته لما فيه من المغرم قال رحمه الله وينبغي ان يحفظ هذه الزيادة فان فيها فايدة عظيمة كذا في العمادية باب الاستثنا وما بمعناه في كونه مغيرا كالشرط ونحوه استثني بعض ما اقر به متصلا باقراره لزمه باقيه يعني اذا قال له علي عشرة دراهم الا واحد الزمه تسعه لما تقرر في الاصول انه تكلم بالباقي بعد الثنيا اي الاستثنا فكانه قال ابتدا له علي تسعة وشرط الاتصال عند عامة العلما لكونه مغيرا ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير ولو كلا اي لو استثني كله فكل اي لزمه كله لو كان الاستثنا بعين لفظه نحو غلامي حر الا غلامي لانك قد عرفت انه تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقي بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثني الكل لزم الكل وبطل الاستثنا بخلاف ما اذا كان الاستثنا بغير ذلك اللفظ نحو غلماني كذا الا فلانا وفلانا ولا فلان له غيرهم فانه اذا كان بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثني بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ حيث لا يمكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنا كذا اذا قال غلماني كذا الا هولاء فانه يصح ايضا لوجود التغاير اللفظي استثني وزنيا او كيليا من دراهم صح قيمة يعني لو قال له علي مائة درهم الا دينار او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف ولزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز

والقياس ان لا يصح هذا الاستثنا وهو قول محمد وزفر لان الاستثنا اخراج
بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت
الصدر وهو لا يتصور في خلاف الجنس لكنهما صححاه استحسانا فان
التقديرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في
الذمة ثمنا او الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلي والوزني مبيع باعيا
نهما ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا
ولم يعينا صار حكمهما الحكم الدنانير ولهذا يستوي الجيد والردي
فيهما وكانت في حكم الثبوت في الذمة لجنس واحد معنى فالاستثنا تكلم
بالباقي معنى لا صورة ولو استثنى غيرهما اي غير الوزني والكيلي منهما اي من الدراهم
لا اي لا يصح عندنا خلافا للشافعي لان انهما اتحدا اجناسا من غير المالية ولنا ان ذلك
القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى كما عرفت اذا
وصل باقراره ان شا الله ابطله اي ابطل وصلة الاقرار لان التعليق بمشية الله
تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوافق عليه عند
ابي يوسف فكان اعداما من الاصل اقر بشرط الخيار بان قال لفلان علي الف
درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام لزمه المال لصحة الاقرار لوجود الصيغة الملزمة
وبطل شرطه لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار لانه ان كان صدقا
فهو واجب العمل به وان لم يختر وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره
وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين
فسخه وامضايه اقر بدار واستثنى بناها بان قال هذه الدار لفلان الا بناها
كانا اي الدار والبنا للمقر له اذ لم يصح استثناؤه لان اسم الدار لا يتناول البنا
مقصودا اذ الدار اسم لما ادير عليه الحايط من البقعة والبنا يدخل تبعا لا لفظا

٤٩٥

ولهذا لو استحق البنا قبل القبض لا يسقط شي من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري والاستثنا انما يكون مما يتناوله الكلام نصا لانه تصرف لفظي اقول يرد على ظاهره ان كون البنا جزا من الدار مما لا يخفى على واحد ولهذا يضمن باتلافه فيكون كواحد من العشرة فما وجه عدم صحة استثنائه وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة مقررة في علمي الكلام والاصول وهي ان الركن قسمان احدهما اصلي وهو الذي دخل في مدلول الاسم حيث اذا انتفى لم يصح اطلاق الاسم على الباقي كواحد من العشرة وراس من الحيوان وثانيهما زايد وهو الذي دخل في مدلول الاسم لكن اذا انتفى لا ينتفي اطلاق الاسم على الباقي كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده او رجله لم يجز وبهذا التحقيق يظهر دفع ما يرد على ظاهر قولهم الاقرار في الايمان ركن زايد والركنية تقتضي الدخول والزيادة تقتضي الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع ان الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة وفص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كالبنا فيها اي كبنا الدار في كونها من متناول اللفظ تبعا لا لفظا حتى لا يصح استثناؤها ايضا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او بيتا منها لانه دخل فيه لفظا فصح الاستثنا كما اذا قال بناؤها لي وارضها لفلان يعني اذا قال هكذا كانت الارض والبنا لفلان اذ الاقرار بالارض اقرار بالبنا تبعا كالاقرار بالدار ولو قال وعرصتها لفلان بعد ان قال بناؤها لي كان كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البنا والشجرة كانه قال بياض هذه الارض دون البنا لفلان وصح اي الاقرار بالف من ثمن قن عينه وانكر قبضه يعني لو قال له علي الف درهم من ثمن قن اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر قنا بعينه قيل للمقر له ان شيت

فسلم العين وجحد الالف والا فلا شي لك فلو سلمه لزم الالف والا فلا هذه المسئلة على
وجوه احدها هذا هو ان يصدقه ويسلم العين وجوابه ما ذكرنا الان ما ثبت
بتصادقهما كالثابت عيانا والثاني ان يقول المقر له العين قنك ما بعتكه وانما
بعتك قنا غيره وفيه المال لازم على المقر لانه اقر بوجوب المال عليه عند سلامة
العين له وقد سلم له حين اقر ذو اليد بانه ملكه فيلزمه المال والاسباب مطلوبة
لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل
المال والثالث ان يقول العين قني ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شي لانه انما
اقر له بالمال اذا سلم له العين ولم يسلم له والرابع ان يقول العين ما بعته وانما
بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لان كلا منهما مدع ومنكر ولان المقر يدعي تسليم من عينه
والاخر ينكر والمقر له يدعي الالف ببيع غيره على المقر وهو ينكر واذا تحالفا انتفى
دعوى كل منهما على صاحبه فلا يقضى عليه بشي والعبد سالم لمن في يده هذا
اذا عين العين وان لم يعينه لزم اي الالف ولغي انكاره اي لا يصدق في قوله ما
قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به والرجوع عن
الاقرار باطل كقوله من ثمن خمر او خنزير يعني لو قال لفلان علي الف درهم من
ثمن خمر او خنزير لزمه الالف وصل او فصل لكونه رجوعا بعد الاقرار
وقالا ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لانه بيان تغيير فصح موصولا
لا مفصولا كالاستثنا والشرط وفي ثمن متاع او قرض وهي زيوف او نبهرجة
او ستوقة او رصاص لزمه الجيد يعني لو قال له علي الف درهم من ثمن متاع
او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة او ستوقة او رصاص
او قال الا انها زيوف او قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع
وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة فصل او فصل لما مر وقالا ان

وصل

٤٩٧

وصل صدق والا فلا لما مر ايضا وفي من غصب او وديعة عطف على قوله وفي ثمن اذا دعي متعلق بقوله وفي من غصب احد هذه المذكورات الاربع يعني ان قال له علي الف درهم من غصب او وديعة الا انها زيوف او نبهرجة صدق اي المدعى وصل او فصل اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف لان الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الحفظه فلم يكن قوله زيوف مغيرا لاول كلامه بل هو بيان النوع فصح موصولا ومفصولا الا فصلا في الاخيرين يعني اذا قال له علي الف درهم من غصب او وديعة الا انها ستوقة او رصاص فان وصل صدق والا فصل لا لان الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز بها التجوز في الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب صدق بيمينه اذ لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لا يقتضي السلامة كما في قوله علي الف الا انه ينقص كذا متصلا لما عرفت ان الاستثناء يصح متصلا لا منفصلا قال رجل لاخر اخذت منك الفا وديعة فهلكت وقال الاخر بل غصبا ضمن اي المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير ثم ادعى ما يوجب البراة عنه وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا ان ينكل عن اليمين فحينئذ يلزمه المال بخلاف قوله غصبتنيه في رد قوله اعطيتنيه وديعة اي لو قال المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلك وقال المال لا بل غصبته مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله قال كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه يعني اذا اخذ رجل من رجل شيا فقال الاخذ كان هذا وديعة لي عندك فاخذته فقال الماخوذ منه هو لي اخذه الماخوذ منه لان الاخذ اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان كما بين وادعى

استحقاقه عليه فلا يقبل بل يجب عليه رد عين قايما وقيمته هالكا صدق من قال اجرته
فرسي او ثوبي فلانا فركبه او لبسه ورده الي وقال فلان كذبت بل الفرس والثوب لي وقد
اخذتهما مني ظلما فالقول للمقر وللاخر البينة او خاط ثوبي هذا بكذا فقبضته
اي لو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي
فالقول للمقر ايضا قال هذا الالف وديعة لزيد لا بل لبكر فالالف لزيد وعلى المقر مثله
لبكر لانه لما اقر به لزيد صح اقراره له وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لا بل لبكر رجوع
عنه فلا يقبل قوله في حق زيد ويجب عليه ضمان مثلها لبكر اقر بدين لانسان ثم قال
كنت كاذبا فيه اي في اقراري حلف المقر له على عدم كذبه اي على ان المقر ما كان كاذبا فيما
اقر لك به ولست مبطلا فيما تدعيه عليه عند ابي يوسف وعندهما يومر بتسليم
المقر الى المقر له والفتوى على انه يحلف المقر له لجريان العادة بين الناس لانهم يكتبون
صك الاقرار ثم ياخذون المال كذا في الكافي

باب اقرار المريض

يعني مرض الموت دين صحته مطلقا اي سواء علم سببه او علم باقرار فيها ودين
مرضه بسبب فيه اي مرضه معروف كبدل ما ملكه او اهلكه او مهر مثل
عرسه وعلم معاينة يقدمان على ما اقر به فيه اي في مرضه وعند الشافعي هذا
يساوي الاولين لاستواء السبب وهو الاقرار ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين
ما لم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت بالاقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت
بلا حجر كعبد ماذون اقر بالدين ثم اقر بالدين بعد الحجر فالثاني لا يزاحم الاول والكل
اي دين الصحة ودين المرض بسبب فيه معروف ودين المرض الذي علم بمجرد الاقرار فيه
مقدم على الارث لان قضا الدين من الحوايج الاصلية وحق الورثة يتعلق
بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يتقدم حاجته في التكفين ولم يجز تخصيص غريم
بقضاء دينه ولا اقراره لوارثه سواء اقر بدين او عين لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله

تعالي اعطي لكل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث الا بتصديق البقية اي بقية القوما
او بقية الورثة لان المانع من التخصيص تعلق حقهم بالتركة فاذا صدقوه
زال المانع وجاز التخصيص وجاز اي اقرار المريض لغيره اي لغير الوارث لوجود
المقتضي وانتفا المانع اما الاول فلانه تصرف في خالص ماله وهو يقتضي الجواز
واما الثاني فلان المانع من الجواز كان الارث وقد انتفي ولو وصلية كان اقراره بكل ماله
لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه
جايز وان احاطه ذلك بماله والقياس ان لا يصح اقراره الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه
علي الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث
فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا في الثلث ولكن ترك القياس لما روي عن ابن عمر رضي الله
عنهما اقر لهاي لاجنبي بماله ثم اقر ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره واقر لاجنبية
ثم نكحها صح اقراره لها وعند زفر يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر وليس
بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف المسئلة الاولي لان دعوي
النسب يستند الي زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة في زمان الاقرار فلا
يصح اما الزوجية فيقتصر علي زمان التزويج فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته
بخلاف الهبة والوصية اي بخلاف ما لو وهب لها شيا او اوصي لها بشي ثم تزوجها
فانهما يبطلان اتفاقا فان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثته حينئذ فلا
تصح والهبة في المرض وصية حتي لا تنفذ الا من الثلث كما سياتي بيانه في كتاب
الوصية فصارت كالوصية ولو اقر بدين لمن طلقها فيه اي في مرض موته فلها الاقل
من الارث اي ميراثها منه والدين لقيام التهمة ببقا العده وباب الاقرار كان منسدا
لبقا الزوجية فربما اقدم علي الطلاق ليصح اقراره لها زيادة علي ارثها والا تهمة في اقلها
فيثبت اقر رجل ببنوة غلام حيث قال هذا ابني جهل نسبه في مولده وقد مر بيانه.

فايدة هذا القيد ويولد مثله لمثله وصدقه اي الغلام ذكرا المقر وهو من اهله اي
اهل التصديق لثبت نسبه اي نسب الغلام منه اي المقر وشارك اي الغلام
الورثة شرط جهالة النسب لانه لو علم لم يثبت من الغير وان كان يولد مثله لمثله
لئلا يكون مكذبا ظاهرا وان يصدقه الغلام لان المسئلة في غلام يعبر عن نفسه فلا بد
من تصديقه لانه في يد نفسه حتى اذا كان صغيرا لا يعبر تصديقه وكذا قال وهو
من اهله وشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف وصح
اقراره اي الرجل بالولد والوالدين لانه اقر على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير والزوجة
والمولى لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما بلا اضرار باحد فينفذ وصح
اقرارها بالولدين والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على
غيره وبالاقرار بهولا لا يكون الا اقرارا على نفسه فيقبل ويشترط تصديقهم
لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا
في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو
كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كما شرط تصديق الزوج في دعوى
المراة الولد او شهادة امراة قابلة كانت او غيرها في اقرار امراة ذات
زوج بالولد وعدم العدة في غيرها في اقرار امراة غير ذات الزوج يعني
اذا لم تكن المراة ذات زوج ولا معتدة صح اقرارها بالولد لان فيه الزاما
على نفسها دون غيرها فينفذ عليها ويصح التصديق بعد موت المقر الا
من الزوج بعد موتها مقرة يعني صح التصديق في النسب بعد موت
المقر لبقاء النسب بعد الموت وان اقر بنكاح المراة ومات فصدقته
بعد موته يصح حتى يكون لها المهر والارث لبقاء حكم النكاح وهو العدة
وان اقرت بنكاح رجل و[illegible] ماتت فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند

عن نفسه لا يعتبر صح

ابي حنيفة

وقف ... تعالى

ابي حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بعلايقه حتى يجوز له اختها واربعا
سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان
الاقرار اقر بنسب من غير ولاد كاخ وعم لم يثبت اي النسب ولا يقبل
اقراره في حقه لان فيه تحميل النسب على الغير فاذا ادعى نفقة او حضانة يعتبر
في حقها ويرث الا مع وارث وان بعد يعني ان كان للمقر وارث معروف قريب
او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة
والخالة لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف مات ابوه فاقر باخ
شاركه في الارث بلا نسب لان مقتضى اقراره شيا ن حمل النسب على الغير ولا ولاية
عليه وشركة في الارث وله فيه ولاية فيعتبر الثاني لا الاول اقر احد ابني ميت له
اي لذلك الميت على اخر دين بقبض متعلق باقرابيه نصفه لاشي له والنصف للاخر
يعني ان من مات وترك ابنين وله على اخر الف درهم فاقر احد الابنين ان اباه قبض
منه نصفه وكذ به الاخر فلا شي للمقر وللمكذب نصفه لان الاقرار باستيفا الدين
اقرار بالدين على الميت لان قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون حتى يصير دينا
فيتقاصان فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه فما لم يقبض جميع الدين لا يكون
له من الميراث شي ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان تصادقا على اشتراكه
اي المقبوض بينهما لانه لو رجع على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على
المقر بعد ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقا به دينا على الميت والدين
مقدم على الارث فيودي الى الدور فصل حرة اقرت بدين فكذبها
زوجها صح اي اقرارها في حقه اي حق زوجها عند ابي حنيفة حتى تحبس وتلازم
كالدين الثابت بالمعاينة بالاستهلاك او الشرا او البينة وعندهما لا اي لا
تصدق في حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم لان فيه منع الزوج عن غشيانها واقرارها

لايصح فيما يرجع الى بطلان حق الزوج مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان وصدقها
المقر له ولها زوج اولاد منه اي من الزوج وكذبها اي الزوج صح في حقها اي في حق المراة
حتى اذا علق بعد الاقرار ولد يكون رقيقا لا حقه وحق الاولاد فتفرع على قوله لا حقه
بقوله حتى لا يبطل النكاح وفرع على قوله وحق الاولاد بقوله واولاد حصلت قبل
الاقرار وما في بطنها وقته اي وقت الاقرار احرار لحصولهم قبل اقرارها بالرق
واما ولد علق بعد الاقرار فانه يكون رقيقا عند ابي يوسف اذ حكم برقها وولد
الرقيقة رقيق وحرا عند محمد لانه تزوجها بشرط حرية الاولاد فلا تصدق على
ابطال هذا الحق مجهول النسب حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصدقه
صح في حقه حتى صار رقيقا له دون ابطال العتق حتى يبقى معتقه حرا فان مات
العتيق اي العبد الذي اعتقه مجهول النسب يرثه وارثه ان كان اي له
وارث والا اي وان لم يكن له وارث فالمقر له اي يرثه المقر له كانه كان للمقر وقد اقر
للمقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر لانه لما مات انتقل الولا
اليهم بخلاف ما لو كان حيا قال لي عليك الف فقال الحق او الصدق او اليقين
او نكر اي قال حقا او صدقا او يقينا او كرر اي قال الحق الحق او الصدق
الصدق او اليقين اليقين او حقا حقا او صدقا صدقا او يقينا يقينا
او قرن بها البر فان قال البر الحق او الحق البر الى اخره كان اقرارا لانه مما يوصف به
الدعوى فيصلح للجواب ويستعمل في التصديق عرفا فكانه قال
ادعيت الحق الى اخره ولو قال الحق حق او الصدق صدق او اليقين يقين
لا اي لا يكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف ما تقدم لانه لا يصلح للابتدا قال
لامته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا ابقة او قال هذه السارقة فعلت
كذا وباعها فوجد اي المشتري بها اي بالجارية واحدا منها اي من هذه العيوب لا ترد

اي الامة بعد البيع به اي بواحد من هذه العبارات لان غير الاخير نداء وقصد
المنادي اعلام المنادي واحضاره لا تحقيق الوصف الذي ناداه به ولهذا لو قال
لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما والاخير شتيمة بخلاف هذه سارقة او هذه
ابقة او هذه زانية او مجنونة حيث ترد بواحد من هذه العبارات لانه
اخبار وهو لتحقيق الوصف وبخلاف يا طالق او هذه المطلقة فعلت كذا
حيث تطلق امرأته لانه متمكن من اثبات هذا الوصف شرعا فيجعل كلامه
ايجابا ليكون صادقا فيما تكلم به وثمة لا يتمكن من اثبات تلك الاوصاف
فيها فكان نداء او شتما لا تحقيقا ووصفا كذا في الكافي كتاب

الشهادات اورده عقيب كتاب الاقرار لما مر ان الحاجة الى الشهادة
بعد عدم الاقرار فيكون متاخرا عنه في الاعتبار وهي اي الشهادة اخبار
بحق للغير على آخر سواء كان حق الله تعالى او حق غيره عن يقين اي ناشيا
عن يقين لا عن حسبان وتخمين واليه الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم
اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع اي اترك ولهذا قالوا انها مشتقة
من المشاهدة التي بمعنى المعاينة وشرطها العقل الكامل بان يكون
عاقلا بالغا فلا تقبل شهادة المجنون والصبي والضبط وهو حسن السماع
والفهم والحفظ الى وقت الادا والولاية بان يكون حرا فلا تقبل شهادة القن
وركنها الداخل في حقيقتها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم ذكره
الزيلعي حتى اذا ترك لم تقبل الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضي
بموجبها بعد التزكية والقياس يابى كونها حجة ملزمة لانه خبر محتمل
للصدق والكذب ولكنه ترك بالنصوص والاجماع وتجب اي الشهادة
بالطلب اي طلب المدعي في حق العبد وانما اعتبر طلبه لانها حقه فيشترط

طلبه كما في ساير الحقوق ان لم يوجه بدله ولا يجوز كتمانها لقوله تعالى ولا يابي الشهدا اذا ما دعوا ثم انه انما ياثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الادا وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته ~~وتعين عليه الادا وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته~~ اوكانوا جماعة فادي غيره ممن تقبل شهادته ياثم من لم يود اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يودي الي تضييع الحق دون حق الله تعالى فانها تجب فيه بلا طلب كعتق الامة وطلاق المراة فان فيها تحريم الفرج وترك الشهادة فيها رضا بالفسق والرضا به فسق وسترها في الحدود افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وتلقينه للدرء لقوله صلى الله عليه وسلم لعلك لمستها او قبلتها اية ظاهرة على رجحان الستر ويقول في السرقة اخذ لا سرق احيا لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر ونصابها للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا ونصابها لبقية الحدود والقود رجلان لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النسا لما فيها من شبهة البدلية ونصابها للولادة واستهلال الصبي للصلاة عليه والبكارة وعيوب النسا في موضع لا يطلع عليه الرجال امراة واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النسا جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس اذا لم يكن ثمة معهود اذ الكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل لتيقنه ونصابها لغيرها من الحقوق سوا كان مالا او غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال صبي للارث رجلان او رجل وامراتان لما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النسا مع الرجال في النكاح

والفرقة

~~اوكانوا جماعة فادعا ممن تقبل شهادته فقد لا ياثم واذا دعا غيره ولا شهادته ياثم من لم يود اولا~~
فقبلت لا ياثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته ثم

والفرقة كما في الاموال وتوابعها ولزم في الكل اي من الصور الاربع المذكورة لفظ اشهد للقبول حتي لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص وردت بهذه اللفظة وجواز الحكم بالشهادة علي خلاف القياس فيقتصر علي مورد النص ولزم ايضا العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيأته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار علي الصغائر لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم قال لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار لوجوبه اي وجوب القبول لقوله تعالي واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الخبر يحتمل الصدق والكذب والحجة هو الخبر الصدق وبالعدالة يترجح جهة الصدق ان من ارتكب غير الكذب من المحظورات يرتكب الكذب ايضا وفيه اشارة الي ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للولاية والقضا والسلطنة والامامة والشهادة عندنا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل الا ان القاضي لو قضي بشهادته يصح عندنا كذا في الكافي وهي اي الشهادة لو كانت علي حاضر يجب الاشارة اي اشارة الشاهد الي ثلاثة مواضع لعين الخصمين المدعي والمدعي عليه والمشهود به لو كانت علي غايب او ميت فسموه ونسبوه الي ابيه فقط بان قالوا علي فلان بن فلان لا تقبل حتي ينسبوه الي جده ولا تفوته صناعته اي ذكر واسمه واسم ابيه وصناعته لا يكفي الا اذا كان معروفا بها بان لا يكون في بلدة شريك له في تلك الصناعة وان ذكر اسمه واسم ابيه وقبيلته وحرفته ولم يكن في محلته رجل اخر بهذا الاسم وهذه الحرفة يكفي وان كان اخر مثله لا يكفي حتي يذكر شيا اخر يفيد التميز ولو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه او صناعته ولم يذكر الجد

لو كانت عينا احتراز عن الدين م

نقبل فشرط التعريف ذكر ثلاثة اشيا فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم
ابيه قيل يكفي والصحيح لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف ولو قضى
بلا ذكر الجد نفذ كذا في العمادية ولا يسال عن شاهد بلا طعن الخصم يعني
ان القاضي يقتصر على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال ولا يفحص ان الشاهد
عدل اولا اذا لم يطعن فيه الخصم واذا طعن سال القاضي عنه في السر
وزكي في العلانية الا في حد وقود فانه يسال في السر ويزكي في العلانية
فيهما بالاجماع طعن الخصم اولا لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصا
فيها وعندهما يسال في الكل سرا وعلانيه وان لم يطعن الخصم لان بنا القضا
على الحجة وهو شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وبه يفتي ثم ان التزكية
في السر تعريف حالهم والتزكية في العلانيه ان يجمع القاضي بين المزكي والشهود
في مجلس القضا فيسال المزكي عن الشهود بحضرة الشهود اهولا عدول مقبولوا
الشهادة ليزكيهم او يجرحهم ووقع ان الاكتفا بتزكية السر في زماننا لان
التزكية العلانية بلاد فتنة اذ الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالاذا والاضرار
وكفى للتزكية بان يقول او يكتب في ذلك القرطاس تحت اسمه هو عدل ومن
عرفه بالفسق لا يكتب شيا احترازا عن الهتك او يكتب الله اعلم وان لم جايز
الشهاده قال في الكافي ثم قيل لا بد ان يقول العدل هو عدل جايز الشهادة
اذ العبد والمحدود في القذف اذا تاب قد يعدل والاصح ان لا يكتفى بقوله هو
عدل لثبوت الحرية بالدار اقول فيه اشكال لان المحدود في القذف التايب
يكون عدلا كما ذكر فلا بد من قوله جايز الشهادة ليخرج وهذا لا يرد على عبارة
الهداية ان لم يذكر فيها المحدود في القذف لكن لا بد فيه ايضا من اعتبار هذا
القيد ليخرجه فحينئذ لا يكون الاكتفا بقوله هو عدل اصح ولا يصح تعديل الخصم

هكذا

قطعة
ان يبعث قرطاس كتب فيه
اسما الشهود وحليتهم
ويلتمس من المزكي صح

المزكي م

هكذا قال ابو حنيفة يعني ان تعديل المدعي عليه الشهود لا يصح لان من زعم المدعي
وشهوده ان المدعا عليه ظالم او كاذب في الانكار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح
وعندهما تصح ان كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد لا بد من خصم اخر
اليه لعدم جواز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه كما سيأتي والمراد
بتعديله تزكيته بقوله هم عدول لكنهم اخطاوا او نسيوا او هم عدول
ولم يزد على هذا اما لو قال صدقوا او عدول صدقة فقد لزم الحكم
لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث
لا يلزمه شي لانهم مع كونهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطا
فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا ويكفي واحد للتزكية والتر
جمة والشاهد والرسالة الى المزكي لان التزكية من امور الدين فلا يشترط
فيها الا العدالة حتى يجوز التزكية العبد والمراة والاعمى والمحدود في القذف
التايب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية والاحوط اثنان لان فيه
زيادة طمانينة هذا كله في تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط
فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ
الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولهذا اختص بمجلس
القضا للسامع اي يجوز للسامع ما يتعلق بالاقوال كالبيع بان سمع قول
البايع بعت وقول المشتري اشتريت والاقرار بان سمع قول المقر لفلان
على كذا او راي ما يتعلق بالافعال كحكم قاض او غصب او قتل ان يشهد
فاعل قوله يجوز المقدر في قوله للسامع وان لم يشهد عليه ويقول اشهد
انه باع او اقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا
كان البيع بالعقد ظاهر وان كان بالتعاطي فكذا لان حقيقة البيع مبادلة

المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهد ون على البيع بل على الاخذ والاعطا لانه بيع حكمي
لا حقيقي ويقول اشهد لا اشهدني كيلا يكون كاذبا ولا تسمع الشهادة بسماعه
من ورا الحجاب اي لو سمع الشاهد صوت من يشهد عليه من تشتبه النغمة الا
اذا تعين القايل بان يكون في البيت وحده وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره
ثم جلس على المسلك وليس فيه مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولم يره
اذ حينيذ يحصل به العلم لكن ينبغي للقاضي ان لا يقبله لو فسر له اذ ليس من
جواز ضرورة الشهادة القبول عند التفسير فان الشهادة بالتسامع تقبل
في بعض الحوادث لكن اذا صرح لم تقبل كما سياتي او يرى شخص القايل ويشهد
عنده اثنان انها فلانة بنت فلان ابن فلان قال الفقيه ابو الليث اذا
اقر امراة من ورا حجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان ابن فلان
لا يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا راى شخصها يعني حال
ما اقرت فحينيذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط روية شخصها لا روية
وجهها وقالت انا فلانة بنت فلان ابن فلان وقد وهبت لزوجي مهري
فان الشهود لا يحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان ابن
فلان ما دامت حية اذ يمكن الشاهد ان يشير اليها فان ماتت فحينيذ
يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان ابن فلان كذا في العمادية
ولا يشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها لانه تصرف الاصل بازالة ولايته
في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرورة عليه
فلا بد من الانابة والتحميل منه ولا يشهد ايضا من راى خطه الذي كتب فيه
شهادته ولم يذكرها اي شهادته كذا القاضي يعني اذا وجد في ديوانه
اقرار رجل بحق او شهادة شهود شهد و رجل على رجل بحق

وهو

من ورا الحجاب لا يسع ان يشهد لاحتمال ان يكون غيرها اذ النغمة تشبه النغمة صح

وقال ابو بكر الاسكاف في المولة اذا احترمت عن وجهها صح

٥٠٩

وهو لا يذكره لا يحكم به ولا ينفذ حتى يتذكره وكذا الراوي يعني اذا لم يتذكر
لا تحل له الرواية لان كلا منهما لا يحل الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط
ولا بالتسامع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل
الوقف فان الشهادة بالتسامع جائزة فيها اذا اخبرها رجلان او رجل وامرأتان
عدلان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة لا يجوز الا بعلم كما مر ولا يحصل العلم
الا بالشهادة والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى
لان حكم المال اسهل من حكم النكاح وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص
بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضا القرون
وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج
وتعطيل تلك الاحكام بخلاف البيع والهبة والاجارة ونحوها لانه كلام
يسمعه كل واحد وانما يجوز ان يشهد بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل تلك
الاحكام بخلاف البيع والهبة والاجارة ونحوها لانه كلام يسمعه كل واحد وانما
يجوز ان يشهد بالتسامع اذا حصل له العلم بالتواتر او بالاشتهار او باخبار
من يثق به ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان لانه اقل نصاب
يفيد العلم الذي يبتني عليه الحكم في المعاملات وقيل يكتفى في الموت باخبار واحد
او واحدة لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضر غالبا الا واحد
او واحدة بخلاف النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول
اشهد ان فلان بن فلانة مات ولا يفسر حتى لو فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
لم تقبل شهادته هو الصحيح وانما قال اصل الوقف لانه يبقى على انقراض القرون
دون شرائطه لان اصل الوقف يشتهر فاما شرائطه التي شرطها الواقف
فلا تشتهر قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني فلا بد من بيان الجهة بان يشهدوا

ان هذا الوقف على المسجد او للمقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم
وتاويل قولهم لا تقبل شهادتهم على شرايط الوقف ان بعد ما ذكروا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا
انه يبدا من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم
كذا في الكافي ويشهد راي جالس مجلس القضا يتردد اليه الخصوم انه قاض
وان لم يعاين تقليد الامام اياه ويشهد ايضا راي رجل وامراة يسكنان بيتا
وبينهما انبساط الازواج انها عرسه كما لو راى عينا في يد غيره عملا بظاهر الحال
ويشهد ايضا راي شي سوا الرقيق المعبر فان غير المعبر حكمه حكم العروض
في يده متعلق براي المعدر يتصرف كالملاك اي كما يتصرف المالك انه له متعلق
بتشهد المقدر صورته رجل راي عينا في يد انسان ثم راى تلك العين في يد
اخر والاول يدعي الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان الملك في الاشيا لا يعرف
يقينا بل ظاهرا فاليد بلا منازعة دليل الملك ظاهرا اذا شهد براي بانه ملكه
قبله بان وقع في قلبه انه ملك الغير لا يحل له الشهادة بالملك لان الاصل اعتبار
اليقين في جواز الشهادة لما مر من قوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع فاذا تعذر ذلك يصار الى ما يشهد به القلب فان فسر اي
الشاهد للقاضي شهادته بالسامع في الصورة الاولى او بحكم اليد في الصورة
الاخيرة بطلت فانه اذا طلق وقع في قلب القاضي صدقه فيكون شهادة منه
عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعلى هذا كان المراسيل من الاخبار
اقوى من المسانيد كذا في الكفاية الا في الوقف فان الشاهدين اذا فسروا شهادتهما
بالسامع تقبل ذكره في العمادية شهد انه شهد انه حضر دفن زيد او صلى
عليه فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي يقبل اذ لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه
الشهادة بالايجاب شهادة بالقبول في المعاوضات كالبيع والاجارة والنكاح

وتحوها حتى لو شهدوا على تزويج الاب فقط اي بلا ذكر القبول تقبل اي الشهادة
بخلاف الهبة حتى لو شهدوا بالهبة بلا ذكر القبول لم تقبل كذا في العمادية

باب القبول وعدمه

تقبل من اهل الاهوا اعلم ان اهل الاهوا على ما ذكر في الكتب الكلامية اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين فرقة وعندنا تقبل شهادتهم خلافا للشافعي الا الخطابية هم من غلاة الروافض يعتقدون جواز الشهادات لكل من حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن الشبهة في شهادتهم وتقبل من الذمي على مثله وان اختلفا ملة كاليهود على النصارى وتقبل من الذمي على المستامن لان الذمي اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل بالمستامن بلا عكس اي لا تقبل شهادة المستامن على الذمي لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه وتقبل الشهادة منه اي من المستامن على مثله ان اتحد دارهما وان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث بينهما وتقبل ايضا من عدو بسبب الدين فان العداوة الدينية تدل على قوة دينه وعدالته بخلاف العداوة الدنيوية فانها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه وتقبل ايضا من ملم اي مرتكب معصية صغيرة بلا اصرار عليها ان اجتنب الكبائر وهو معنى العدالة كما مر وتقبل ايضا من اقلف لاطلاق النصوص بلا تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك واذا تركه استخفافا بالدين لا تقبل لانه لا يكون عدلا ولم يقدر ابو حنيفة

لم وقتا اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا تعرف بالراي وقدره المتا
خرون فقيل سبع سنين الى عشر سنين وقيل اليوم السابع من ولادته او بعده الى
ان يحتمله ولا يهلك به ومن الخصي وولد الزنى والخنثى اذا كانوا عدولا
لان قطع العضو وجناية الابوين لا توجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي
الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة
ثم انه لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة في حق الشهادة
احتياطا والعتيق للمعتق وبالعكس لعدم التهمة وقد ثبت ان قنبر شهد
لعلي عنده شريح فقبل شهادته وهو كان عتيق علي والعمال المراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا على الظلم قالوا هذا
كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما الذين في زماننا فلا تقبل
شهادتهم لغلبة ظلمهم كذا في الكافي وتقبل الشهادة لاخيه وعمه ومن حرم
رضاعا او مصاهرة كام امراته وزوج بنته وامراة ابيه وابنته لان الاملاك
بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا
تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا او شهادة احد الزوجين
للاخر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه لا وعلى حر كافر او على وكيل مسلم موكله كافر
فان مسلما اذا كان له عبد كافر اذن له بالبيع والشرا فشهد عليه شاهدان
كافران بشرا او بيع جازت شهادتهما عليه لان هذه شهادة كافر قامت
على اثبات امر على الكافر قصدا ولزم منه الحكم على المولى المسلم ضمنا ولو كان
المولى كافرا والعبد الماذون مسلما لا تقبل شهادة الكافر عليه لان هذه
شهادة كافر قامت على اثبات امر على المسلم قصدا ولو ان مسلما وكل كافرا
بشرا او بيع فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشرا او بيع جازت شهادتهما
عليه

موكله مسلم وعلى وكيل كافر موكله مسلم بلا عكس اي لا يجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر او موكله مسلم اي موكله مسلم يعني تجوز شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم وعلى وكيل كافر موكله مسلم بلا عكس اي لا تجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر صح

٥١٣

عليه لانها قامت لاثبات امر على الكافر ولو ان الكافر وكل مسلما بشرا او بيع
فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشرا او بيع لا تقبل شهادتهما عليه
لانها شهادة كافر قامت لاثبات امر على المسلم قصدا كذا في الشرح المسعودي
تلخيص الجامع الكبير لامر كافر على مسلم عطف على قوله تقبل من اهل الاهوا الا في
الوصاية والنسب اذا ادعى حقا من قبل الميت على خصم حاضر يعني اذا ادعى
الايصا من نصراني واقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم او ادعى ان فلان
بن فلان النصراني مات وهو وارثه واحضر مسلما للميت عليه دين واقام
شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهو استحسانا والقياس ان لا تقبل
وجه الاستحسان ان المسلمين لا يحضرون موت النصارى والوصاية تكون
عند الموت غالبا وسبب ثبوت النسب النكاح وهم لا يحضرون نكاحهم
فلو لم تقبل شهادة النصراني على المسلم في اثبات الايصا الذي بناوه على
الموت والنسب الذي بناوه على النكاح ادى الى ضياع الحقوق المتعلقة بالا
بها فقبلت للضرورة كما قبلت شهادة القابلة للضرورة ولا من اعمى لان
الادا يفتقر الى التمييز بين الخصمين وللشهود به ان كان منقولا ولا يميز
الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ومرتد اذ
الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته ولو على كافر
ومملوك وصبي اذ لا ولاية لهما على انفسهما فعلى غيرهما اولى الا ان تحملا الشهادة
في الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ فحينئذ تقبل لان التحمل بالمعاينة
او السماع وهما لا ينافيانهما وعند الادا هما من اهل الشهادة ومحدود
في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا ان يحد كافرا
فيسلم فان الكافر اذا حد في القذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له

١٤ ه

شهادة علي جنسه فترد قبل شهادته عليهم وعلي المسلمين لان هذه شهادة
استفادها بالاسلام ولا يلحقها رد وهي الشهادة علي اهل الاسلام لانها لم تكن ثابتة
زمان الرد والحد فلما جازت شهادته علي اهل الاسلام جازت شهادته علي اهل
الاسلام جازت شهادته علي الكفار ضرورة بخلاف العبد ان حد بالقذف ثم
عتق حيث ترد شهادته اذ لا شهادة للعبد اصلا حال رقه فيتوقف الرد
علي حدوثها له فاذا احدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ومسجون
في حادث السجن يعني اذا احدث بين اهل السجن حادثة في السجن واراد بعضهم
ان يشهد في تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا في الجامع الكبير واصله
وفرعه وزوج وعرس وسيد لعبده ومكاتبه للاصل فيه قوله صلي الله عليه وسلم
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المولي لمولاه ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولي لعبده ولا الاجير لمن استاجره والمراد بالاجير علي
قول الشارح التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه
نفع نفسه وهو معني قوله صلي الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت
وقيل هو الاجير مسانهة او مشاهرة لانه يستوجب الاجر بمنافعه فاذا
شهد له في مدة الاجارة فكانه استاجره عليها وشريكه فيما يشتركان
فيه لانها شهادة لنفسه من وجه فلو شهد فيما لا يشتركان فيه تقبل
لعدم التهمة ومخنث يفعل الرديء لاصراره علي الفسق ولا من في كلامه لين
وفي اعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فلا ترد شهادته ونائحة
ومغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والمراد بالنائحة التي تنوح في
مصيبة غيرها واتخذته مكسبا والتغني للهو حرام فضلا عن ضم الغناء اليه
ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس وقيد فيما سياتي ومدمن الشرب اي شرب

الاشربة

الاشربة المحرمة فان ادمان شرب غيرها لا يسقط الشهادة مالم يسكر على اللهو
شرط الادمان ان يكون ذلك ظاهرا منه فان شرب الخمر سرا لا يظهر ذلك
لا يخرج عن كونه عدلا وان كان شرب الخمر كبيرة وانما تسقط عدالته اذا كان
يظهر ذلك او يخرج سكران ويلعب به الصبيان اذ لا مروة لمثله ولا يحترز
عن الكذب عادة كذا في الكافي وعدو بسبب الدنيا قال في المحيط لا تجوز شهادة
رجل على رجل بينهما عداوة في شيء من امور الدنيا وقال الزاهدي ما ذكره في المحيط
اختيار المتاخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافه فانه اذا كان عدلا تقبل
شهادته قال وهو الصحيح وعليه الاعتماد ومن يلعب بالطيور لشدة
غفلته واصراره على نوع لهو ولان الغالب انه ينظر الى العورات في السطوح
وغيرها وهو فسق فاما اذا امسك الحمام للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول
عدالته لان امساكها في البيوت مباح او الطنبور لانه من اللهو او يغني
للناس لانه مصر على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة ولا يمتنع عادة
عن المجازفة والكذب واذا كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة
الوحشة فلا يقدح في الشهادة او يرتكب ما يحد به اي باتي نوعا
من الكباير الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل
قلة ديانته فلعله يجتري على الشهادة زورا كذا في الكافي اقول ظاهر
هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان
المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب
ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه او يدخل
الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة
او باكل الربا لانه فاسق وشرط في المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربا

لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسده للعقد وكل ذلك ربا فلابد
من الاشتهار او يلعب بنرد او يقامر بشطرنج او يترك به اي بالشطرنج
الصلاة لان كلا منهما كبيرة تدل علي الدناة فاما مجرد اللعب بالشطرنج
بدون قمار وترك صلاة فليس بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها عندنا
لان للاجتهاد فيه مساغا لكونه مباحا عند الشافعي واما من يلعب بالنرد
فهو مردود الشهادة مطلقا او يبول او ياكل علي الطريق قيد لهما او
يظهر سب السلف وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضي الله عنهم
لان هذه الافعال تدل علي قصور عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها
لم يمتنع عن الكذب بخلاف ما لم يرتكبها شهد اي ابنا الميت ان اباهما
اوصي اليه اي جعل هذا الشخص وصيا وهو اي ذلك الشخص يدعيه
اي كونه وصيا صحت اي شهادتهما استحسانا وان انكر الوصي ذلك
لم تقبل والقياس ان لا تقبل وان ادعي كشهادة دائني الميت اي غريمين
لهما علي الميت دين ومديونيه اي غريمين للميت عليهما دين والموصي
لهما اي لرجلين اوصي لهما الميت وصيه علي الايصا اي نصب الوصي
وهو متعلق بقوله كشهادة وكان القياس ان لا تقبل شهادة هولاء
لانهما يجران لانفسهما مغنما بشهادتهما في ذلك لان الوارثين قصدا بها
نصب من يتصرف لهما ويقوم باحيا حقوقهما والغريمين قصدا
نصب من يستوفيان منه حقهما ويبران بالدفع اليه والوصيين
قصدا نصب من يعينهما علي التصرف في مال الميت والموصي لهما
قصدا نصب من يدفع اليهما حقهما وجه الاستحسان انها
ليست بشهادة حقيقة لانها توجب علي القاضي ما لا يتمكن منه

بدونها

٥١٧

بعد ونهما وحفظه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي الوصي اذا رضي الوصي والموصى
معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتأمل في صلاحية من
ينصبه واهليته وهولا شهادتهم كفوه موونة التعيين ولم يثبتوا شيا
فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل دافعة موونة تعيين القاضي
ولو شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض ديونه ردت اي شهادتهما سوا
ادعى اي الوكيل الوكالة اولا لتمكن الشبهة في شهادتهما لانهما يشهدان لا
بيهما وقد مر بطلانها كالشهادة على جرح مجرد وهو ما يفسق الشاهد
ولا يوجب عليه حق الشرع او العبد فانها لا تقبل كفاسق او اكل ربا او انه
استاجرهم ونحو ذلك كما سياتي لانها انما تقبل فيما يدخل تحت الحكم
دفي وسع القاضي الزامه والفسق ليس كذلك لانه يرفعه بالتوبة والا
ستغفار والاستيجار وان كان امرا زايدا على الجرح لكن لاخصم
في اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة حتى لو قام المدعى عليه بالبينة ان
المدعي استاجرهم بكذا واعطاهم ذلك من مالي الذي عنده تقبل كما
سياتي قال صدر الشريعة اذا اقام البينة على العدالة فاقام الخصم
البينة على الجرح ان كان الجرح جرحا مجردا لا تعتبر بينة الجرح واما
قلت ان صورة المسيلة هذا لا ان لم يقم البينة على العدالة لاسيما اذا
اخبر ان الشهود فساق اقول تحقيقه ان جرح الشاهد قبل التعديل
دفع للشهادة قبل ثبوتها ومن باب الديانات ولذا قبل فيه خبر الواحد
كما مر في كتاب الكراهية والاستحسان وبعد التعديل رفع للشهادة
بعد ثبوتها حتى وجب على القاضي العمل بها او لم يوجد الجرح المعتبر
ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر في كونه الجرح

فاخبر مخبر ان الشهود فساق او اكلة الربا فان الحكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة م

المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد وغير مقبول بعده بل يحتاج
الي نصاب الشهادة واثبات حق الشرع او العبد فاضمحل بهذا التحقيق
ما اعترض عليه بعض المتصلفين بلا شعور على مراد القايل ومع ذلك ذاهل
عن القواعد غافل حيث قال اقول فيه نظر اذ الغرض ان مثل هذه الشهادة
لا تعتبر سوا كان قبل تعديل الشهود او بعده فلا حاجة الي ما ذكره من الصورة
المقيده ولذلك قلت بعد التعديل وقبله قبلت مثل ان يشهدوا على ان
شهود المدعي فسقة او زناة او اكلة ربا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا
بالزور او على اقرارهم انهم اجرا في هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل
في هذه الدعوه او انهم لا شهادة لهم على المدعا عليه في هذه الحادثة وانما لم
تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبت لا ترتفع
الا باثبات حق الشرع او العبد كما عرفت وليس في شي مما ذكر اثبات حق
واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية في الدفع كما مر
وقبلت على اقرار المدعي بفسقهم او اقراره بشهادتهم بزور او بانه استاجرهم
على هذه الشهادة لانه اقرار منه بانه لا حق له في دعواه وقبلت ايضا على
انهم اي الشهود عبيد او محدودون لقذف او انهم زنوا ووصفوا الزنا
او سرقوا مني كذا او شربوا الخمر ولم يتقادم العهد بان لم يزل الريح في
الخمر ولم يمض شهر في الباقي قيد بعدم التقادم اذ لو كان متقادما لا
تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة او شركا
المدعي والمدعا مالهم مشتركون فيه او قذفه والمقذوف يدعيه او انه
استاجرهم بكذا واعطاهم اياه اي الاجره مما كان لي عنده او اني صالحتهم
على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا على زور او شهدوا زورا فانا

٥١٧

الطلب ما اعطيتم وانما قبلت في هذه الصور لان في بعضها حق الله تعالى وفي
بعضها حق العبد والحاجة ماسة الى احيا هذه الحقوق من ابى شاهد رده
قاض في حادثة اي لم يقبل شهادته فيها ليس لاخر اي قاض غيره قبوله فيها
لان الظاهر ان رد الاول بحق لوجه شرعي فلا يجوز مخالفة الثاني لم شهادة
قاصرة يتمها غيرهم تقبل في مثل ان يشهدا بالدار بلا ذكر انها في يد الخصم
فشهد به اخران فانهما يقبلان لان الحاجة الى الشهادة لاثبات يد المدعى عليه
حتى يصير خصما في اثبات الملك للمدعي ولا فرق في ذلك بين ان يثبت كلا
الحكمين بشهادة فريق واحد او فريقين ثم اذا شهدا انها في يد المدعى عليه
سالهم القاضي اعن سماع تشهدون انها في يده او عن معاينة لانهم ربما
سمعوا اقراره انها في يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة كذا في العادية
وان شهدا بالملك في الحدود واخران بالحدود حيث يقبلان لما ذكر وان شهدوا
على الاسم والنسب ولم يعرفوا الرجل بعينه فشهد اخران انه المسمى به اي بذلك
الاسم وسياتي نظايرها شهد عدل فقال او همت بعض شهادتي لم يضرها
يعني بعد ما شهد تذكر لفظا تركه في شهادته فذكره تقبل اذا لم يكن فيه
مناقضة واطلق في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك
اذا كان عدلا ولم يشترطا عدم المناقضة وانه شرط متفق حتى ذكره الزاهدي بينة الموت
من الجرح اولى من بينة الموت بعد البرء رجل جرح انسانا ومات المجروح فاقام
اولياوه بينة انه مات بسبب الجرح واقام الضارب بينة انه برئ ومات
بعد عشرة ايام فبينة اوليا المقتول اولى وبينة الغبن اولى من بينة
كون القيمة مثل الثمن يعني ان وصيا باع كرم الصبي وبلغ الصبي وادعى
غبنا واقام بينة واقام المشتري بينة ان قيمة الكرم في ذلك الوقت

وقف لله تعالى

مثل الثمن فبينة الغبن اولى لانها تثبت امرا زايدا ولان بينة الفساد ارجح من بينة الصحة وبينة كون المتصرف عاقلا اولى من بينة كونه مخلوط العقل او مجنونا فبينة للامة اولى وكذا اذا خالع امراته ثم اقام الزوج بينة انه كان مجنونا وقت الخلع وقامت بينة على كونه عاقلا حينئذ او كان مجنونا وقت الخصومة واقام وليه بينة انه كان مجنونا والمراة انه كان عاقلا فبينة المراة اولى في الفصلين وبينة الاكراه اولى من بينة الطوع يعني لو اثبت اقرار انسان بشي طايعا فاقام المدعى عليه بينة اني كنت مكرها في ذلك الاقرار فبينة الاكراه اولى لانها تثبت خلاف الظاهر

باب الاختلاف في الشهادة

اعلم ان مبني الباب على اصول مقررة منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى من مدعي لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامة حقوقه تعالى واجبة على كل احد فكل احد خصم في اثباتها فصار كان الدعوى موجودة ومنها ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعى كان المدعي مكذبا لهم فتبطل شهادتهم وان شهدوا باقل تقبل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها ان اختلاف بين الشاهدين ينبغي ان يكون كل منهما مطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغي ان تكون في المعنى فقط ولا عبرة باللفظ كذا في الفصول وسياتي زيادة توضيح له ان شا الله تعالى وبه يعلم ان عبارة الوقاية ليست كما ينبغي حيث قال شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى ولهذا قلت تجب مطابقة الشهادة للدعوى لا لفظا ومعنى معا بل معنى فقط فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب كدعوى الدار بالارث مثلا قبلت لانهم شهدوا باقل مما ادعى و ذلك

ليس كالاختلاف بين الدعوى والشهاده لان شهاده ان هديه حم

للاخر في المعنى و في اللفظ لا يوجب اختلاف المعنى اما المطابقه حم

لايمنع

لا يمنع قبول الشهادة للمطابقة معنى كما مر وبعكسه اي لو ادعى ملكا بسبب
وشهدا بملك مطلق لا اي لا تقبل لانهما شهدا باكثر مما ادعى فتبطل كما مر ويجب
تطابق الشهادتين في المعنى ولفظ لا يوجب اختلافه اي اختلاف المعنى بان يتطابق
لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بالتضمن وعندهما يكفي الاتفاق في المعنى
حتى اذا ادعى رجل مايه درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين ولخر بثلاثة
واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم المطابقة لفظا وعندهما يقضى باربعة
باتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى فلو شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج
قبلت لاتحاد معناهما كذا الهبة والعطية ونحوهما ولو شهد احدهما بالف والاخر
بالفين او مايه ومايتين وطلقة وطلقتين او ثلاث ردت لاختلاف المعنيين كما اذا
ادعى غصبا او قتلا فشهد احدهما به والاخر بالاقرار به حيث لا تقبل بخلاف ما اذا
شهد بالاقرار به حيث تقبل وقبلت على الف في الف ومايه اي في شهادة احدهما
بالف والاخر بالف ومايه ان ادعى المدعي الاكثر وهو الف ومايه لاتفاقهما في
الالف وتفرد احدهما بمايه بخلاف ما اذا كان يدعي الفا فقط حيث لا تقبل
لان المدعي كذب من شهد بالزيادة هذا الذي ذكر انما هو في الدين وفي
العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد ان هذين العبدين له والاخر ان
هذا له قبلت على العبد الواحد الذي اتفقا فيه بالاجماع كذا في باب الشهادة
في الشرب من المحيط وفي العقد لا اي لا تقبل مطلقا اي سوا كان على الاقل او الاكثر
او كان المدعي هو البايع او المشتري فلو شهد واحد بشرا عبد او كتابته بالف
واخر بالف وخمسمايه ردت لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع
بالف غير البيع بالف وخمسمايه فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم
النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهدين كذا العتق بمال

والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعي العبد في الصورة الاولي والقاتل في الثانية والراهن
في الثالثة والمراة في الرابعة لان هولا لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو
مختلف لما عرفت وان ادعي الاخر بان قال مولي العبد اعتقتك علي الف وخمسماية والعبد
يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك علي الف وخمسماية والقاتل يدعي الالف وكذا
الباقيان فكدعوي الدين في وجوهها اذا حصل العفو والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فبقي الدعوي في الدين كذا في الهداية والمدعي في الرهن اذا كان المرتهن
كان دعواه في الدين بلا احتمال لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة
في حق ثبوت الدين كما في ساير الديون فيثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين
كذا في الكفاية قال صدر الشريعة ليس هذا كدعوي الدين لان الدين يثبت باقرار المديون
فيمكن ان يقر عند احد الشاهدين بالف وعند الاخر باكثر ويمكن ايضا ان يكون اصل
الحق هو الاكثر لكنه قضي الزايد علي الالف او ابرا عنه عند احد الشاهدين دون الاخر
فالتوفيق بينهما ممكن اما ههنا فالمال ثبت بتبعية العتق والعقد بالالف غير العقد
بالاكثر فبقي علي كل واحد شهادة فرد فلا تقبل كما في الطرف الاخر اقول جوابه ان المشبه
لا يجب ان يكون في حكم المشبه به بجميع الوجوه بل المراد بكونه كدعوي الدين ان الشاهدين
اذا كانا مختلفين لفظا لا تقبل عند ابي حنيفة وان كانا متفقين فان ادعي المدعي الاقل
لا تقبل شهادة الشاهدين بالاكثر وان ادعي الاكثر تقبل علي الاقل وانما كان كذلك لان المال
في هذه الصور الاربع وان كان ثابتا بالعقد حين العقد وتابعا له لكن الامر صار بالعكس
حين الدعوي لما عرفت ان صاحب الحق اذا اعترف بالعفو والعتق والطلاق والمدعي
في الرهن اذا كان هو المرتهن كان الدعوي في الدين ولا يعتبر العقد وان اعتبر بالتبع للدين
كما في الرهن فظهر ان قوله فالمال يثبت بتبعية العقد انما نشا عن عدم الفرقة
بين ثبوت العقد وبين العقد بر والاجارة كالبيع في اول المدة للحاجة الي اثبات

وكالدين بعدها والمدعي هو الموجود اذ لاحاجه هنا الى اثبات العقد م

العقد او النكاح يصح بالاقل مطلقا اي سوا كان المدعي هي الزوج او المراة والمدعي الاقل
او الاكثر وعندهما تبطل الشهادة ولا يقضي بشي كما في البيع لان المقصود من الجانبين اثبات
السبب والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسماية ولنا ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح
بلا تسمية للمهر ومن حكم التابع ان لا يغير الاصل الا ترى انه لا تبطل بنفيه ولا يفسد
بفساده فكذا لا يختلف باختلافه ادا اتفقا على ما هو الاصل الاصح وهو الملك
والحل فوجب القضا به واذا وجب بقي المهر مالا منفردا او وجب القضا باقل المقدرين
كما في المال المنفرد شهدا بالف وقال احدهما قضا خمسماية قبلت بالف لانهما
اتفقا عليه كما اذا شهدا بقرض الف وقال احدهما قضاه اي ذلك القرض قبلت
الشهادة على القرض لاتفاقهما عليه ورد قوله قضا كذا اي قضا خمسماية في الاول
وقضا القرض في الثاني لانه شهادة فرد الا اذا شهد معه اخر اذ حينئذ يوجد نصاب
الشهادة ولا يشهد من علمه اي القضا في الصورتين حتى يقر المدعي بما قبض لئلا يكون
اعانة على الظلم شهدا بقتل زيد يوم كذا بمكة وشهد اخران بقتله فيه اي في ذلك
اليوم بكوفة ردتا يعني ان اربعة رجال اجتمعوا عند قاض فشهد اثنان منهم بما ذكر
اولا والاخران بما ذكر ثانيا ردت شهادتهما لان احد الطريقين كاذبة بيقين فان قضا باحدهما
ردت الاخرى لرجحان الاولى بالسبق شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها بان قال احدهما
كانت بيضا والاخر كانت سودا او قال احدهما كانت صفرا والاخر كانت حمرا قطع وقالا لا
قطع لانهما اختلفا في المشهود فيمتنع القبول كما اذا اختلفا في الذكورة والانوثة او اختلفا
في اللون في الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان
~~في المشهود فيمتنع القبول كما اذا اختلفا في الذكورة~~ لا يسقط بالشبهات والثابت
هنا حد فيسقط بها وله انهما اختلفا فيما ليس من مطلب الشهادة ولهذا لو سكتا
عن ذكر اللون تقبل شهادتهما والتوفيق ممكن لان اللونين قد يجتمعان بان يكون
احد شقيها اسود والاخر ابيض ويرى احد الشاهدين احد طرفيها والاخر الاخر

بخلاف الذكورة والانوثة لانه لايعرف الا بالقرب منه وعند القرب لايقع الاشتباه فلا بقوله
يشتغل بالتوفيق ملك المورث لايقضي لوارثه بلا جر الشاهدين وبين معنى الجر بقولهما
مات وتركه ميراثا او ذا ملكه او في يده اعلم انهم اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج
الى النقل والجر وهو ان يقال ماذكر في المتن او قال ابو حنيفة ومحمد لابد منه خلافا
لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث لكون الوارثة بخلافه ولهذا ترد بالعيب
وترد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك
الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبرا في الجارية الموروثة ويحل
للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون
مستصحاب الحال مثبتا لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت
الانتقال حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدي عند الموت
تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي
اسبابه ويبين ما كان بيده من المغصوب والودايع فلما لم يبين فالظاهر من حاله ان
ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كذا اي كالجر في افادة فايدته قولهما
اي الشاهدين كان اي ما يدعيه هذا الوارث لابيه اعارة او وديعة او اجارة ذا اليد
يعني اذا مات رجل فاقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي
في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند
ابي يوسف فانه لايوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت
يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع شهد ابيد حي منذ كذا
ردت يعني اذا كانت دار في يد رجل فادعى اخر انها له واقام بينة انها كانت في يده منذ
شهر او سنة لم تقبل وعند ابي يوسف انها تقبل لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار
الخصم ولو اقر المدعا عليه به دفعت الى المدعي اتفاقا ولهما ان هذه شهادة قامت

وبخلاف الغصب لانه يقع في النهار غالبا فيمكن الشاهد من القرب من الغاصب فيتأمل في جميع الالوان المغصوب فلا يشتغل بالتوفيق صح

على مجهول

علي مجهول وهو اليد لانها الان منقطعة ويحتمل انها كانت يد ملك او وديعة او اجارة او غصب فلا يحكم باعادتها بالشك الان بقول اي اثنا هدان وانه اي للمدعي عليه احدث اليد غيره فيقضي له اي للمدعي باليد ولو اقر اي المدعا عليه بالتسليم اليه اي المدعي لكن لا يصير اي المدعا عليه به اي بزوال اليد عنه مقضيا عليه حتى لو برهن اي المدعا عليه بعده علي انه ملكه يقبل كذا في العمادية وان اقر المدعا عليه به اي بكونه في يد المدعي او شهدا انه اي المدعا عليه اقر بيد المدعي بانه كان في يده او اقر بملكه او شهد انه اي المدعا عليه اخذه من يده اي المدعي دفع الي المدعي كذا في الكافي والله اعلم

اي م

باب الشهادة علي الشهادة

اعلم ان جوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان اداها عبادة بدنية لزمت الاصل لا حق للمشهود له لعدم الاجبار والنيابة لا يجري في العبادات البدنية لكونهم استحسنوا جوزها في كل حق لا يسقط بشبهة لشدة الحاجة اليه لان الاصل قد يعجز عن ادائها لموته او سفره ونحو ذلك فلو لم يجز لادي الي ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة علي شهادة الفروع ثم وثم لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز ~~عند العجز~~ عن الاصل وهذه كذلك وكذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وتقبل فيما لا يسقط بشبهة بشرط تعذر حضور الاصل اي اصل الشاهد علي القضية بموت او مرض اي يكون مريضا مرضا لا يستطيع به حضور مجلس الحكم او سفر اي يكون غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشيا يتحقق العجز بلا ريبة وعن ابي يوسف انه اذا كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت باهله صح الاشهاد احيا لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث وبشرط شهادة عددين عن كل اصل لقول علي رضي الله عنه

لاتجوز علي شهادة رجل الاشهادة رجلين وان لم يتغير فرعاهما يعني لايجب ان يكون لكل شاهد
شاهد ان متغايران بل يكفي شهادة شاهدين عن كل اصل ثم بين كيفية الشهادة
علي الشهادة بقوله بان يقول الاصل مخاطبا للفرع اشهد علي شهادتي اني اشهد بكذا
اي بان فلان بن فلان الفلاني اقر عندي مثلا ويقول الفرع اشهد ان فلانا اشهدني
علي شهادته بكذا وقال اي فلان اشهد علي شهادتي بذلك اذ لابد من شهادة الفرع
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفيد ذلك كله وهي وسطي العبارات
ولها عند الاداء لفظ اطول من هذا واقصر منه اما الاطول وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان
فلانا شهد عندي لفلان علي فلان من المال واشهدني علي شهادته وامرني ان اشهد
علي شهادته وانا اشهد علي شهادته بذلك الان فذلك ثمانية شينات والمذكور اولا
خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد علي شهادة فلان بكذا
وفيه شينان ولايحتاج الي زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر
كذا في العناية صح تعديل الفرع للاصل لانه ان كان عدلا صلح للتزكية والا لم يصلح
للشهادة لايقال هو متهم لان شهادته تنفذ لا تصح الا بتعديله لانا نقول لايتهم بمثله مع العدالة
بمثله كما لايتهم بشهادة نفسه مع احتمال انه انما شهد ليصير مقبول القول كاحد
اي كما يصح تعديل احد الشاهدين للاخر لما ذكرنا انه ان كان عدلا الي اخره وان سكت
اي الفرع عن تعديل الاصل صح نقلها اي نقل الشهادة الاصل وان كان مستورا كذا
في المحيط وعدلوا اي يعرف القاضي الذي يسمع شهادة الفروع عدالة الاصول ممن
هو اهل للتزكية كما اذا حضروا وشهدوا فان ثبتت عدالتهم حكم والا فلا انكر الاصل
شهادته بطل بطل شهادة الفروع قال في الكافي معني المسئلة انهم قالوا مالنا شهادة
علي هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع يشهدون علي شهادتهم بهذه الحادثة اما مع
حضورهم فلا يلتفت الي شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات

للتعارض

٥٢٧

للتعارض بين خبر الاصل وخبر الفرع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين فلا يثبت التحميل مع الاحتمال اقول قد وقعت العبارة في الهداية وشروحه وساير المعتبرات هكذا وان انكر شهود الاصل الشهادة موافقة لما في الكافي ولا يخفى على احد مغايرة الاشهاد للشهادة فكيف يصح تفسيرها به ولعل منشا غلطه قولهم لان التحمل هو الاشهاد وخفي عليه ان التحميل لا يثبت ايضا اذا انكر اصل الشهادة بل هذا ابلغ من انكار الاشهاد لانه كناية وهو ابلغ من الصريح شهد عدلان اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا بمعرفتها وجا المدعي بامراة لم يعرفا انها هي قيل للمدعي هات شاهدين انها هي لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة فيحتمل ان يكون لغيرها فلا بد من اثباتها للحاضرة فهذه من قبيل ما مر من شهادة قاصرة يتمها غيره كذا الكتاب الحكمي يعني ان القاضي اذا كتب الى قاض اخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امراة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المراة ان تكون هي المنسبة بتلك النسبة ولو قالا اي الشاهدان فيهما اي المسالتين المذكورتين لبيان النسبة التميمية لم تجز حتى ينسباها الى فخذها بسكون الخا القبيلة او جدها اذ لا بد من التعريف وهو لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني تميم عامة اذ لا يحصل عددهم بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة حتى ان ذكره يقوم مقام الجد لان اسم الجد الاعلى قام مقام ذكر الجد الادنى اشهد اي الاصل على شهادته ثم نهاه اي الفرع عنها اي عن الشهادة على شهادته لم يصح اي نهيه كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضا لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة ابيه وعلى قضا ابيه في الصحيح هذه المسايل الاربع من الخانية

وقال الزيلعي معناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جا الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع صح

فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة صح

٥٢٨

من ظهر انه شهد زورا بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل او موته فجاء حيا او شهد
برؤية الهلال ونحو ذلك عذر بالتشهير قال في الكافي اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا
ان اتصل القضاء بشهادته او لا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين وليس فيها حد
مقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا الا انهم اختلفوا في كيفيته فقال ابو حنيفة تعزيره تشهيره
فقط وقالا يضرب ويحبس وهو اربعين سوطا او سخم وجهه وله ان شريحا كان يشهر
ولا يضربه فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر في
اجمع ما كانوا ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح
كان قاضيا في زمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع
والله اعلم

رضي الله تعالى عنهم ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة صح

باب

الرجوع عنها هو ان يقول كنت مبطلا فيما اتيت
في الشهادة ونحوه كان يقول رجعت عما شهدت او شهدت بزور فيما شهدت
فلا يكون انكارها رجوعا لان الرجوع منها يقتضي سبق وجودها لا يصح اي الرجوع
الا عند القاضي سواء كان هو الاول وغيره لان الرجوع عنها توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها
تتقيد به واذا لم يصح الرجوع في مجلس القاضي فاذا ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام عليه
بينة او عجز عنها واراد تحليفهما شاهد لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا تحليفهما
لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس
القاضي باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي فلان وضمنه المال قبلت بينته
لصحة السبب وحكمه بعد القضاء وقبض المال التعزير والتضمين اما التعزير فلما مر واما
التضمين اي تضمين ما اتلفاه بشهادتهما فلاقرارهما على انفسهما بسبب الضمان
وهو الشهادة الباطلة والتناقض لا يمنع حكم اقراره على نفسه وانما قال وقبض
المال لان القاضي اذا قضى ولم يقبض المدعي ما ادعاه لا يجب الضمان لعدم الاتلاف

ولم ينقض

ولم ينقض اي القضا لان كما لا يتحقق بالكلام المتناقض لا ينتقض بالكلام المتناقض وحكمه
قبل ان قبل القضا التعزير فقط وقد مر والعبرة في حق الضمان للباقي لا الراجع هذا
هو الاصل وقد عليه بقوله فان رجع احدهما ضمن النصف اذ شهادة كل منهما يقوم
نصف الحجة فبقا احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان
ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتدا ببعض العلة ثم يبقى
ببقا بعض النصاب وان رجع احد الثلاثة لم يضمن اي الراجع اذ بقي من يبقى بشهادته
على الحق وان رجع اخر ضمنا اي الراجعان النصف اذ بقي على الشهادة من يبقى به نصف
المال وان رجعت امراة من رجل وامراتين ضمنت الربع اذ بقي على الشهادة من
يبقى به ثلاثة الارباع وان رجعتا ضمنتا النصف لبقا من يبقى به النصف وان رجعت
ثمان من الرجل وعشر نسوة فلا ضمان لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل
والمراتان فان رجعت اخرى ضمن ربعه لبقا من يبقى به ثلاثة ارباع الحق اذ النصف
يبقى بالرجل والربع بالباقية وان رجع الكل اي الرجل والنسا فعليه السدس عنده
والنصف عندهما وما بقي وهو خمسة الاسداس في الاولى والنصف في الثانية عليهن
على قولين لهما ان النسا وان كثرت في الشهادات لم يضمن الا مقام رجل واحد ولذا
لا شهادة تقبل الا بانضمام رجل اليهن فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن
نصفه وله ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة
من الرجال فصار كما لو شهد به ستة من رجال ثم رجعوا كان الضمان عليهم
يكون اسداسا وان رجعن اي النسوة العشرة فقط وبقي رجل فالنصف وفاقا
اما عندهما فظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وكذا عنده اذ ابقى
من يبقى به نصف المال فصار كما لو شهد به ستة رجال ثم رجع خمسة وضمن
رجلان شهدا مع امراة فشهدوا اي الكل لان المراة الواحدة ليست بشهادة

العلة كلبعد الحول لا ينعقد
على بعض النصاب ويبقى
منعقدا ببقا بعضه ح

اذ المراتان كشاهد واحد فكانت الواحدة بعض الشاهد فكان القضا مستندا الى شهادة
رجلين بلا امراة ولا يضمن راجع بمهر مسمى في النكاح مطلقا اي سوا شهدا عليها او عليه
الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن المشهود
عندنا خلافا للشافعي واما كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعدله فلا ضمان على الشاهد
فان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل
فيما وراه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول
اذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي جاحدة واقام عليه بينة فقضي بالنكاح ثم رجعا
عن شهادتهما لم يضمنا لها شيا سوا كان المسمى مهر مثلها او اقل او اكثر لانهما
وان تلفا البضع عليها بعوض لا يعدله ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما
يتقوم على المالك ضرورة التمليك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة
بين البضع والمال فاما عند دخوله في الملك الزوج صار متقوما اظهارا لخطره
الا ما زاد على مهر مثلها يعني اذا كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيا لانهما
اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول في ملك
الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر
مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا عليه قدر الزيادة بلا عوض
ولا يضمن ايضا راجع في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع اذا ادعى المشتري بان
يقول اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بالف وهو يساوي الفين فانكر المدعى
عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان للبايع الف لانهما اتلفاه عليه ولا يضمن
ايضا راجع في البيع الا ما زاد على القيمة من الثمن ان ادعى البايع بان يقول ان
المشتري اشترى هذا العبد بكذا وعليه الثمن وانكر المشتري فشهد شاهدان
انه اشترى العبد بالفين وهو يساوي الفا ثم رجعا يضمنان للمشتري

٣١٦

الغالا نهما اتلفاه عليه ولا يضمن في الطلاق قبل الوطي الا نصف مهرها يعني اذا شهدا بالطلاق قبل الوطي ثم رجعا يضمنان نصف المهر بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول لان المهر قد تأكد بالدخول فلا اتلاف وضمن في العتق القيمة يعني اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد وضمن في القصاص الدية يعني اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص من زيد ثم رجع تجب الدية عندنا للقصاص لانعدام مباشرة القتل ولم يوجد منهما ذلك وعند الشافعي يقتص ويضمن الفرع برجوعه لان الحكم اضعف الى اداء شهادته في مجلس القضا فكان التلف مضافا اليه فيضمن لا بقوله بعد الحكم كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لانهم لم يرجعوا عن شهادتهم بل شهدوا على غيرهم بالرجوع ولا يلتفت الى قولهم لان القضي الممضي لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم كذا في الكافي ولا الاصل بقوله ما اشهدته يعني ان الاصل اذا رجعوا بعد الحكم وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا اذ لم يوجد من جهتهم سبب موجب للضمان لانكارهم سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضا للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضا لانهم انكروا التحميل ولا بد منه او بقوله شهدته وغلطت يعني اذا قال الاصول اشهدناهم لكن غلطنا فانهم لا يضمنون عند ابي حنيفة وابي يوسف لان القضا لم يقع بشهادتهم بل وقع بشهادة الفروع وعند محمد ضمنوا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فكانهم حضروا وشهدوا ثم شهدوا ورجعوا ولو رجع الكل اي الاصول والفروع ضمن الفروع فقط عندهما لان السبب الاتلاف الشهادة القايمة في مجلس القضا وذا وجد من الفروع وتضمين الاصول لان القضا وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين شهادتهم ووقع بشهادة الاصول

وعند محمد الشهود عليه مخير بين تضمين الفروع مح

من حيث ان الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بامرهم وضمن المزكي بالرجوع يعني ان المزكي ان رجع عن التزكية ضمن عند ابي حنيفة لان الحكم انما يضاف الي الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة وهي انما تثبت بالتزكية فصارت في معني علة العلة كالرمي فانه سبب الجرح وهو سبب لمضي السهم في الهوا وهو سبب الوصول الي المرمي اليه وهو سبب الجرح وهو سبب ترادف الالم وهو سبب الموت ثم اضيف الموت الي الرمي في الدية والكفارة وعندهما لا يضمنون لانهم اثنوا علي الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا علي الشهود عليه

الذي هو العلة الاولي حتي يجب عليه احكام القتل من القصاص ح

بان شهدوا باحصانه لا شاهد الاحصان يعني لو شهدوا بالاحصان ثم رجعوا لم يضمنوا لانه شرط محض كما ضمن به اي بالرجوع اي شهد شاهدا اليمين لا الشرط يعني اذا شهد شاهدان باليمين وقالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر او قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهو غير مدخول وشهد اخران بوجود الشرط اي دخول الدار ورجع الفريقان بعد الحكم فالضمان علي شهود اليمين لا شهود الشرط وهو قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق والتطليق وهم الذين اثبتوا تلك الكلمة والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط اضيف التلف الي علته فزوال المانع

كتاب الصلح

اورده هنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعي عليه اقرار ولا للمدعي شاهد فالمناسب ان يورد بعد الاقرار والشهادة هو لغة اسم بمعني المصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح بمعني استقامة الحال وشرعا عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول بان يقول المدعا عليه صالحتك من كذا علي كذا او من دعواك كذا علي كذا ويقول الاخر قبلت او رضيت او ما يدل علي الرضا وقبوله وشرطه العقل وهو شرط في جميع التصرفات

الشرعية

الشرعية فلا يصح صلح المجنون وصبي لا يعقل الا البلوغ فصح من الصبي المأذون
ان نفع او عري عن ضررٍ بيّن يعني اذا ادعى الصبي المأذون على انسان دينا فصالحه
على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة
والحلف والمال انفع له منهما وان كانت لم يجز لان الحط تبرع وهو لا يملكه وان
اخر الدين جاز سواء كان بينة او لا لانه من اعمال التجارة والصبي المأذون
في التجارة كالبالغ ولا الحرية يعني ان حرمة المصالح ليست بشرط ايضا فصح
اي الصلح من العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة لكنه لا يملك الصلح على حط بعض
الثمن للعيب لما ذكرنا ولو صالحه البايع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا والصبي
والمأذون ومن المكاتب فانه نظير العبد المأذون في جميع ما ذكر لانه عبد ما بقي
عليه درهم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا ان يأخذ بعضه
ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لم يجز لانه لما عجز صار محجورا فلا يصح
صلحه وشرطه ايضا كون المصالح عنه حقا للمصالح ثابتا في المحل لا حقا لله تعالى
تفرع على قوله ان يكون المصالح عنه حقا للمصالح بقوله فلو ادعت مطلقة على
زوجها ان صبيا في يده ابنها منه وجحد فصالحت من النسب على شي
بطل لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها وفرع
على قوله ثابتا في المحل بقوله ولو صالح الكفيل بالنفس على مال على ان يبريه من الكفالة
بطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول
بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها
بخلاف الصلح عن القصاص لان المحل هناك يصير مملوكا في حق الاستيفا فكان الحق
ثابتا في المحل فيمكن الاعتياض عنه بالصلح كذا الصلح من الشفعة يعني اذا صالح
الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شي على ان يسلم الدار للمشتري فالصلح

باطل اذلا حق في المحل سوى حق التملك وهو ليس بامر ثابت في المحل بل هو
هو عبارة عن الولاية كما مر وقد فرع على قوله لا لله تعالى بقوله ولو صالح
عن حد بطل يعني لا يجوز ان يكون المصالح عنه حق الله سواء كان مالا عينا او دينا
او حقا ليس بمال حتى لا يصح الصلح عن حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بان
اخذ زانيا او سارقا من غيره او شارب خمر فصالحه على مال على ان لا يرفعه
الى ولي الامر لانه حق الله تعالى فلا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لان المصالح
اما بالصلح يتصرف في حق نفسه او باستيفا كل حقه او باستيفاء بعضه
او اسقاط الباقي او لمعاوضة وكل ذلك لا يجوز فيه حق غيره وكذا اذا صالح عن حد — بانه وان كان م
القذف بان قذف رجلا فصالحه على مال على ان يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه
حق فالغالب حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم شرعا بخلاف التعزير
حيث يصح الصلح عنه لانه حق العبد والقصاص في النفس وما دونها لانه
ايضا حق العبد وشرطه ايضا كون البدل مالا الاصل في هذا الفصل ان
الصلح يجب حمله على اقرب العقول اليه واشبهها رو ما للتصحيح تصرف العاقل — روما اي طلبا
بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال لانه في معنى البيع فلا يصح الصلح عن الخمر
والميتة والدم وصيد الحرام والحرم ونحو ذلك لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا
يصح العوض في البيع لا يصح عوضا في الصلح معلوما ان احتيج الى قبضه والا لم
يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته
فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل
منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة كذا في الكافي او
منفعة بان صالح على خدمة عبد بعينه سنة او ركوب دابة بعينها او زراعة
ارض او سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة لانها

تمليك

تمليك المنفعة بعوض وقد وجد وحكمه وقوع البراة عن الدعوى لما مرانه عقد
يرفع النزاع وهو اي الصلح اما باقرار من المدعى عليه او سكوت منه بان لا يقر
ولا ينكر او انكار وكل ذلك جايز لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر
العموم الاول اي الصلح اقرار كبيع في احكامه لو وقع عن مال بمال لان حقيقة
البيع مبادلة مال بمال كما مر فيجري فيه اي في هذا الصلح احكامه اي احكام
البيع وهو الشفعة والرد بعيب وخيار الروية وخيار الشرط والفساد
بجهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه
لانه يسقطه والساقط لا يفضي اليها وان استحق المدعى او بعضه رجع
المدعا عليه على المدعي بالبدل في الصورة الاولى او بعضه في الثانية يعني
اذا ادعى زيد على بكر دارا او بعضا منها وصالح بكر في الاول على الف وفي الثاني
على خمسماية واستحقت الدار كلها او بعضها رجع بكر على زيد في الاول بالالف
وفي الثاني بخمسماية وان استحق البدل او بعضه رجع المدعي وهو زيد
على المدعا عليه وهو بكر بالمدعا وهو الدار وبعضها لان كلا منهما عوض
عن الاخر فايهما اختص بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا
فالبعض كما هو حكم المعاوضة وكاجارة عطف على قوله كبيع لو وقع الصلح
عن مال بمنفعة لان العبرة للمعاني والاجارة تمليك المنفعة بعوض
وهذا الصلح كذلك فيشترط التوقيت فيه ويبطل بموت احدهما في المدة كما
هو حكم الاجارة وقد مر والاخيران اي الصلح بسكوت وانكار معاوضة في حق
المدعي لانه ياخذه عوضا في حقه في زعمه وفدا يمين وقطع نزاع في حق الاخر اذ لولاه
لبقي النزاع ولزم اليمين وهذا في الانكار ظاهر واما السكوت فانه يحتمل الاقرار
والانكار فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه

دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل فلا شفعة في صلح عن دار مع احدهما يعني اذا
ادعى رجل على اخر داره فسكت الاخر او انكر فصالح عنها بدفع شيء لم تجب
الشفعة لانه يزعم انه مستبق الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع
خصومة المدعي عن نفسه لانه يشتريها ويزعم المدعي لا يلزمه وتجب وتجب
اي الشفعة لو وقوع الصلح عليها اي دار بان تكون بدلا باحدهما اي الانكار
او السكوت لان المدعي ياخذها عوضا عن حقه في زعمه فيعامل بزعمه والا
قرار ههنا مثلهما وان استحق المدعا او بعضه في صورة الصلح بسكوت
او انكار يرد المدعي البدل اي بدل المدعي او بعضه ويخاصم مع المستحق
لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى المدعي
في يده بلا خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده ويظهر ايضا
ان المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه وان استحق البدل او بعضه رجع
الى الدعوى في كله ان استحق كل العوض او بعضه ان استحق بعضه لان المدعي
لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فان لم يسلم له رجع بالبدل هلاك البدل
قبل التسليم الى المدعي كاستحقاقه في الفصلين اي فصل الاقرار وفصل
السكوت والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك على المدعي وان كان عن انكار
رجع بالدعوى صالح على بعض ما يدعيه لم يصلح يعني اذا ادعى رجل على اخر دارا
فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على دعواه في الباقي لان الصلح
اذا كان على بعض المدعى كان استيفا لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط
لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين حتى اذا مات واحد فترك ميراثا
فبرا بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكونه براءة عن الاعيان الا بزيادة شيء
في البدل او الابراء عن دعوى الباقي هذا ما قالوا في الحيلة في جواز الصلح عن

بعض

بعض المدعا وهي ان يزيد على بدل الصلح درهما مثلا ليكون مستوفيا بعض حقه واخذ
العوض عن الاخر او بلحوق بذكر البراة عن دعوى الباقي لان الابراء عن دعوى العين
جائز صح اي الصلح دعوى المال لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه وعن
دعوى المنفعة كان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث
او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان الاخذ العوض عنهما بالاجارة جائز
فكذا الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنفعة بالمنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس
بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح
السكنى مثلا فلا يجوز وقد مر في كتاب الاجارة
عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما وعن دعوى الرق اي اذا
ادعى على مجهول الحال انه عبده فصالحه المدعا عليه على مال جاز وكان عتقا
بمال مطلقا اي في حق المدعي والمدعا عليه حيث يثبت الولا ولو وقع الصلح
باقرار من المدعا عليه والا اي وان لم يكن باقرار فقطع نزاع في زعم المدعي عليه
وعتق بمال في زعم المدعي حيث لا يثبت الولي الا ان يقيم المدعي البينة فتقبل فيثبت
الولا وعن دعوى الزوج النكاح وكان خلعا يعني صح الصلح اذا كان الرجل والمدعي
والمراة تنكر لامكان اعتبار الصحة فيه بان يجعل في حقه في معنى الخلع لان
لان اخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب عقود اليه
كما مر في حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة لا عن دعواها النكاح اي
لا يجوز الصلح اذا كان المدعي المراة بان تدعي نكاحا على رجل فصالحها على شي
وانما لم يجز لانه بدل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
على عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة
فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها
على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شي في مقابلة العوض فكان رشوة

وقيل يجوز لانه يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها علي اصل المهر لا الزيادة فيسقط الاصل
لا الزيادة ولا عن دعوي حد لما عرفت ان الصلح لا يجري في حق الله تعالي وعن دعوي
نسب لان الصلح اما اسقاط او معاوضة والنسب لا يحتملهما ولا اذا قتل ماذون
رجلا عمدا وصالح عن نفسه لان نفسه ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ثم
صلح العبد الماذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه اذا
صالحه فقد عفي عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولي فصار
كانه صالحه عن بدل موجل يواخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له
ان يقتله فكذا هذا كذا في العناية وصح اي الصلح يعني صلح المولي عن نفس عبد له فعل ذلك
اي القتل عمدا لان عبده من كسبه فيجوز التصرف فيه واستخلاصه وصح صلح المكاتب
عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولي ولهذا ان جني علي احد رقبته فانه يكون خصما
فيه واذا جني عليه كان له الارش واذا قتل لا تكون قيمته للمولي بل لورثته حتي يودي
بها كتابته ويحكم بحريته في اخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه
ولا كذلك العبد الماذون ذكره الزيلعي وصح الصلح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته
او عرض يعني ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه علي الفين
او عروض جاز وعندهما لا يجوز اذا كان بغبن فاحش لان حقه في القيمة فالزايد
عليها ربا وله ان حقه في الهالك باق ما لم يحكم القاضي بالضمان حتي اذا ترك التضمين
بقي العبد هالكا علي ملكه حتي يكون الكفن عليه فاعتياضه باكثر من قيمته لا يكون
ربا اذ الزايد علي المالية يكون مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة حتي لو قضي
القاضي بالقيمة ثم صالح علي الاكثر لم يجز لان الحق قد انتقل بالقضا الي القيمة وكذا
الصلح بعرض وان كان قيمته اكثر من قيمة مغصوب تلف لعدم الربا وصح في العمد
باكثر من الدية والارش وفي الخطا لا لان الدية في الخطا مقدرة والزيادة عليها يكون ربا

بل تأخر الا بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا ولم يصح في حق المولي صح

فيبطل

فيبطل الفضل والواجب في العمد هو القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربا فلا يبطل
الفضل هذا اذا صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة بها لكن
يشترط القبض في المجلس كي لا يخرج عن ان يكون دينا بدين كذا في الكافي كما في موسر اعتق
نصف ماله وصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته يعني عبد بين رجلين اعتقه احدهما
وهو موسر فصالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لان القيمة في العتق
منصوص عليه كما مر في بابه وتقدير الشرع ليس ادنى من تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة
عليه ولو صالح عن باقيه بعرض صح مطلقا اي وان كانت قيمته اكثر من قيمة نصفه لان
الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس وكل بالصلح عن دم عمد او على بعض دين يدعيه من الكيلات
والموزونات لم يلزم بدله الموكل دون الوكيل لانه اسقاط محض فكان الوكيل سفيرا محضا
فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه اي الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مواخذا
بالضمان لا الصلح وفيما هو كبيع وهو اذا كان الصلح عن مال بمال لزم وكيله لان الحقوق حينئذ
ترجع الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان عن انكار فلا يجب البدل على الوكيل كذا
في الكفاية صالح فضولي وضمن البدل او اضاف الى ماله بان قال على الفي هذا او اشار
الى نقد او عرض بلا نسبة الى نفسه بان قال على هذا الالف او على هذا العبد او اطلق
بان قال على الف ونقد اي سلم صح اي الصلح في هذه الصور وصار اي المصالح متبرعا
هنا اي في الصورة الرابعة لان فعله بلا اذن المدعا عليه وان لم ينقد اي لم يسلم
الفضولي البدل وقف اي صار الصلح موقوفا على الاجازة فان اجاز المدعى عليه صح الصلح
ولزمه البدل والا اي وان لم يجزه رد اي الصلح هذه صور خمس لان الفضولي اما ان يضمن
المال اولا فان لم يضمن فاما ان يضيف الا ماله او لا فان لم يضف فاما ان يشير الى نقد
او عرض او لا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض او لا فالصلح جايز في الوجوه كلها الا الوجوه كلها
الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه ولم يسلمه الى المدعي

حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة اذ لم يسلم للمدعي عوض فلم يسقط
حقه مجانا لعدم رضاه به فان اجازه المدعي عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه
باختياره وان رده بطل بخلاف ساير الوجوه فانها جايزة اما الاول فلان الحاصل
للمدعي عليه البراة وفي حقها الاجنبي والمدعي عليه سوا ويجوز ان يكون الفضولي
اصيلا اذا ضمن كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل واما الثاني فلانه اذا اضافه الي
نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالثة فلانه اذا عينه التسليم فقد شرط له
سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله ولو استحق هذا العبد او وجد به عيبا فرده
او وجده حرا او مدبرا او مكاتبا فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع في دعواه لان
المصالح لم يضمن واما الرابع فلان دلالة التسليم برضا المدعي فوق دلالة الضمان
والاضافة الي نفسه على رضاه والخامس لما لم يكن كباقي الوجوه لم يفد صحة الصلح

باب

الصلح على جنس ماله عليه اي اذا كان بدل الصلح من
جنس ما يستحقه المدعي على المدعي عليه بعقد مداينة جرت بينهما فالصلح
اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن ولا يمكن
تصحيحه معاوضة لما فيه من الربا فصح اي الصلح عن الف على خمسماية وعن الف
جياد على خمسماية زيوف فجعل حطا للبعض في المسئلة الاولي وللبعض والصفة
في الثانية لان عين هذه الجملة كانت مستحقة بذلك العقد الذي به الدين
وعن الف حال على الف موجل اذ لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم
بالدراهم نسيئة لا يجوز فلا بد من حمله على تاخير فيه معنى الاسقاط وعن عشرة
دراهم وعشرة دنانير على خمسة دراهم حالة او موجلة اذ يعتبر حطا
للدنانير كلها ولبعض الدراهم وتاجيلا للبعض لا معاوضة لان معنى الاسقاط
لم يعتبر معاوضة لانه دراهم على دنانير موجلة لان الدنانير غير مستحقة

(والصلح لازم للصلح فاذا امكن
ان يجعل حطا او اسقاطا صح)

بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تاخير حقه فيحمل على المعاوضة وبيع الدراهم
بالدنانير نسيئة لا يجوز ولا عن الف موجل على نصفه حالا لان المعجل غير مستحق
بعقد المداينة اذ المستحق به هو الموجل والمعجل خير منه فقد وقع الصلح
على مالم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل كان حق المديون
وقد تركه بازاء ما حطه عنه من الديون فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام
الا ترى ان ربا النسيئة مبادلة المال بالمال فلان يحرم حقيقة اولى ولا
عن الف سود على نصفه بيضا لان البيض غير مستحق بعقد المداينة لان
من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحقه بعقد المداينة
فكان معاوضة الالف بخمسماية وزيادة وصف الجودة فكان ربا ولا عن دين
عليه على جنس غيره بغير عينه لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون
الا معاوضة وجهالة البدل يبطلها صالح عن كر حنطة على عشرة دراهم
فان قبض اي العشرة في المجلس جاز اي الصلح لما عرفت ان الصلح في صورة
اختلاف الجنس في معنى البيع فيجب قبض احد العوضين في المجلس والا فلا
اي ان لم يقبض العشرة فلا يصح الصلح لانه حينئذ يكون بيع الدين بالدين
وهو باطل وان قبض خمسة وبقي خمسة فتفرق صح في النصف فقط لوجود
المصحح في ذلك القدر كذا العكس يعني لو صالح عن عشرة على مكيل او موزون
فان قبض في المجلس جاز والا فلا لما عرفت قال ادفع الى خمسماية غدا
على انك بري من الباقي فان دفع غدا بري والا اي وان لم يدفع لم يبرا عند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعند ابي يوسف رحمه الله بري لان الابرا
حصل مطلقا فلتثبت البراة مطلقا كما لو بدا بالابرا كما سياتي ولهما انه ابرا
مقيد بالشرط والمقيد به يفوت عنه بفواته وذلك لانه بري باداء خمسماية

في العقد وانه يصلح عوضا حذارا فلاسه ويتوسلا الى التجارة او ربح فصلح ان يكون
شرطا بحسب المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكونها قد تكون
بمعنى الشرط كما في قوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيا وقد تعذر
العمل بمعنى المعاوضة فحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وهذه المسئلة على
وجوه احدها ماذكره والثاني ماذكره بقوله ولو قال صالحتك اي عن الالف
على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها
غدا فالكل عليك كان الامر كما قال يعني لو قال واد ي برئ عن الباقي والا فالكل
عليه كما في الوجه الاول والثاني ماذكره بقوله وان قال ابرأتك عن خمسمائة
من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا بري وان وصلية لم يعطها لانه
اطلق الابرا وخمسمائة غدا لا يصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك
في تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا بدا بادا خمسمائة لان الابرا معروف
فمن حيث انه حصل لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع
مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا وذكر الرابع بقوله واذا لم يوقت
اي لم يذكر لفظ غدا بل قال ادفع الي خمسمائة على انك بري من الباقي بري لانه
بري لانه لما لم يوقت للادا وقت لم يكن الادا عوضا صحيحا لانه واجب عليه
في كل زمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما مر لان الادا في
الغد فيه غرض صحيح كما مر وذكر الخامس بقوله وان علق صريحا لم يصح يعني اذا
قال ان ادتيت الي او متى اواذا فانت بري لم يصح الابرا لانه علقه بالشرط
صريحا وهو باطل لما مر من بيان ما يبطل بالشرط وما لا يبطل قال اي المديون
سرا للداين لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط ففعل اي التاخير او الحط
صح اي التاخير والحط لانه ليس بمكره عليه اي الداين حتى انه بعد التاخير لا

يتمكن

لايتمكن من مطالبته في الحال وفي الحط لايتمكن من مطالبة ما حطه ابدا ولو
اعلى اي ما قاله سز الخذلان اي اخذ المال من الغرم في الحال بلا تاخير وحط
الدين المشترك اذا قبض احدهما شيا منه شاركه الاخر فيه هذا اصل
كل يتفرع عليه فروع يعني اذا كان لرجلين دين على اخر فقبض احدهما
شيا منه ملكه مشاعا كاصله فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه وان ازداد
بالقبض اد مالية الدين باعتبار عاقبة القبض لكن هذه الزيادة راجعة الى اصل
الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة قبل المشاركة باق على ولكنه
ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك
ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا اتحد الصفقة وثمن المال
المشترك ونحو ذلك ورجعا على الغريم بالباقي لان المقبوض اذا كان
مشتركا بينهما فلا بد من ان يكون الباقي كذلك وفرع على الاصل المذكور
بقوله فلو صالح احدهما عن نصيبه على ثوب اخذ الشريك نصفه اي الاخر
نصف الدين من غريمه لانه كان عليه ولم يستوفه فبقي في ذمته او اخذ
نصف من شريكه لان الصلح وقع على نصف الدين وهو شاع لان قسمة الثوب
الدين حال كونه في الذمة لا تصح في حق الشريك متعلق بكل جزء من
الدين فيتوقف على اجازته واخذه النصف حال على اجازة العقد فيصح
ذلك الا ان يضمن اي شريكه له ربع الدين لان حقه فيه ولو لم يصالح
احدهما بل اشترى بنصفه اي نصف الدين شيا ضمنه اي ضمن
احدهما الاخر الربع اي ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمعاوضة
بلا حط لان مبنى البيع على المماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون

لشريكه ان يرجع عليه بالربع بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض ولهذا
لا يملك بيعه مرابحة فكان الصالح بالصلح ابراه عن بعض نصيبه وقبض بعضه
فاذا الزمناه دفع ربع الدين تضرر به الصالح لانه لم يستوف تمام نصف
الدين فلهذا اخيرناه وفي الابراء عن حصته اي اذا ابرا احد الشريكين ذمة
المديون عن حصته وفي المقاصة بدين سبق اي اذا كان للمطلوب
على احد المطلوبين دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه فصار قصاصا
لم يرجع الشريك على المديون بحصته في الصورتين اما في الاولى فلان
الابرا اتلاف وليس بقبض فلم يزدد نصيب المبرى بالبراة فلم يرجع عليه
واما الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل في الدينين
اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثاني والمشاركة انما تثبت
في الاقتضا وفي بعضها قسم الباقي على سهامه اي لو ابراه عن بعض حصته
كان قسمة الباقي على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر حتى
لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرا احد الشريكين عن نصفه
نصيبه كان له المطالبه بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة صالح
عن عيب فظهر عدمه او زال بطل الصلح قال في العمادية ادعى عيبا
في جارية اشتراها فانكر البايع فاصطلحا على مال على ان يبرى المشتري
البايع من ذلك العيب ثم ظهر انه لم يكن بها عيبا وكان ولكنه قد زال
فللبايع ان يسترد بدل الصلح صالح احد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع فان
اجازه الاخر نفذ عليهما وان رده رد يعني اذا اسلم رجلان الى اخر في طعام
ثم صالح احدهما مع المسلم اليه حتى انه ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ
عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد الا اذا اجاز الاخر فان

اجاز

وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما ايضا وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف رضي الله عنه على بعض جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز فكان الاخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا ولهما انه لو جاز فاما ان يجوز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فعلى الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلابد من اجازة الاخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه اخرج احد الورثة عن عرض او عقار بمال او خرج عن ذهب بفضة او بالعكس اي عن فضة بذهب او عن نقدين بهما اي بالنقدين بان كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير صح اي الصلح صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع قل بدله او كثر اي لا يعتبر في النقدين التساوي بل يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف فان وجد صح والا فلا وفي النقدين وغيرهما باحد النقدين لا اي اذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة لم يجز لاحتمال الربا الا اذا كان المعطي له اكثر من حصته من ذلك الجنس ليكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن الربا فلابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا العقد وبطل ان شرط لهم الدين من التركة يعني اذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين

لهم باطل الصلح لانه يصير مملكا حصته من الدين لساير الورثة بما ياخذ
منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض
واذا بطل في حصة الدين بطل في الكل الا اذا شرطوا براءة الغرما منه اي
من الدين ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لانه حينئذ
يكون تمليك الدين ممن عليه الدين او قضوا نصيب المصالح منه اي من الدين
تبرعا ثم تصالحوا عما بقي من التركة فانه يجوز ولا يخفى ما فيهما من الضرر ببقية
الورثة فالاولى ما ذكره بقوله او اقرضوه اي المصالح قدر حصته منه اي من
الدين فصالحوا عن غيره واحالهم اي احال المصالح الورثة بالقبض الذي اخذه
منهم على الغرما ويقبلوا الحوالة واختلفوا في صحة الصلح عن تركة مجهولة
لا دين فيها قوله على مكيل او موزون متعلق بالصلح يعني اذا لم يكن في التركة
دين واعيانها غير معلومة واريد الصلح على مكيل او موزون فقيل لا يصح لاحتمال
ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون
ربا وقيل يصح لاحتمال ان لا يكون في التركة مكيل او موزون وان كان فيحتمل
ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز موديا الى اعتبار شبهة
الشبهة ولا عبرة بها وصح في الاصح عن تركة مجهولة في يد البقية من الورثة
غير المكيل والموزون لانه لا يفضي الى المنازعة لقيام عنه في يد البقية
من الورثة وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة
لا يصح البيع

كتاب القضا

اورده بعد الصلح لانه انما يحتاج
اليه اذا لم يكن بين المتخاصمين صلح هو لغة الاحكام وشرعا الزام على
الغير ببينة او اقرار او نكول لان حقيقته فصل الخصومة وهو انما يكون
به واهله اهل الشهادة لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على

الغير

٥٤٧

الفتوى ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضي والقاضي ملزم على
الخصم فاشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضا وشرط
اهليتها شرط اهليته وقدمر ذلك في كتاب الشهادة والفاسق
اهلها فيكون اهله لكنه لا يقلد اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة
فسقه حتى لو قلد كان المقلد اثما كما يصح قبول شهادته لوجود اصل
الاهلية ولا تقبل لما ذكر حتى لو كان قبل القاضي وحكم بها كان اثما لكنه ينفذ
وفي الفتاوى القاعدية هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ
واختلف في كون المصر شرطا النفاذه وكون القسمة من اعماله المصر شرط لنفاذ
القضا في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر ليس بشرط وكثير من مشايخنا
رضي الله عنهم اخذوا برواية النوادر باعتبار الحاجة ولو امر رجلا
بالقسمة في الرستاق جاز باتفاق الروايات لان القسمة ليست
من اعمال القضا وكذا التزوج الى القرى ونصب قسيما في امور الصغار
او القضا ونكاح الصغار كذا حكي فتوى ظهير الدين المرغيناني لانه ليس
بقضا ولا من اعمال القضا قال في الفصل الحادي والثلاثين من شهادات
المحيط ان هذا اشكل عندي لان القاضي انما يفعل ذلك بولاية القضا الا ترى
انه لو لم يوذن له بذلك لم يملكه فكان ذلك من جملة القضا اخذ القضا رشوة
لا ينفذ حكمه قال في العمادية القاضي اذا اخذ القضا برشوة هل يصير
قاضيا اختلف فيه المشايخ رحمهم الله والصحيح لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ
قضاه وان كان عدلا ففسق باخذها يستحق العزل لوجود
سبب الاستحقاق وقيل ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته فلم
يرض بقضائه بدونها وقال قاضي خان اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ

قضاوه فيما ارتشى وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه وهو الاحتراز عن
الحرام وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة وهو ماروي عن النبي صلى الله
عليه وسلم والاثار وهي ما يروى عن الاصحاب رضوان الله عليهم اجمعين ووجوه
الفقه اي مسايل متعلقة باحكام الوقايع والاجتهاد شرط الاولوية لا
الجواز كذا المفتي يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة
ولا يشترط فيه ايضا الاجتهاد ولا يطلب القضاء اي بالقلب ولا يسال
اي باللسان لقوله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب ويختار
الاقدر والاولى اي ينبغي للمقلد ان يختار للقضى من هو اقدر واولى به والا
يكون قد غليظا اجبارا عنيدا لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم
في القضاء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفي رعيته
من هو اولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل
القضاء من اهم امور الدين واعمال المسلمين ويكره التقلد اي اخذ القضاء
لمن خاف الحيف اي الظلم والجور على غيره وان امن منه لا يكره بلا كراه
لقوله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء فانما ذبح بغير سكين وقيل
قد ازدراه بعض القضاء وقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي
شعره فجعل الحلاق يحلق بعض اشعار ذقنه فعطس فاصاب الموسى حلقه
والقى راسه بين يديه كذا في الكافي ويجوز تقلده من الجاير كما يجوز من
العادل لان الصحابة تقلدوا القضاء من معاوية بعد ان اظهر الخلاف
لعلي رضي الله عنهم مع علي رضي الله عنه وتقلدوا من يزيد مع فسقه وجوره والتابعون
تقلدوه من الحجاج مع كونه اظلم اهل زمانه وامرا اهل البغي قال في العمادية

نعم يدعي الى [illegible] لا يرشده الى الصو

وقيل يكره مع

التقلد

التقليد من اهل البغي يصح وبمجرد استيلا الباغي لا ينعزل قضاة العدل
ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم
بعده ما لم يقلده السلطان العدل فان تقلد طلب ديوان قاض قبله
وهي الخرايط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونحو ذلك لان القاضي
يكتب نسختين احديهما تكون في يد الخصم والاخرى في ديوان القاضي
اذ ربما يحتاج اليها المعني من المعاني وما في يد الخصم لا يومن عليه من الزيادة
والنقصان ثم الورق الذي كتب عليه المعزول هذه النسخ ان كانت من بيت
المال يجبر على دفعه لانه انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره وكذا
ان كان من ماله او من مال الخصوم في الصحيح لانه ما اتخذ للتمول بل
للتدين وكذا الخصوم تركوه في يده لعمله وقد انتقل العمل الى غيره والزم
محبوسا اقر بحق او اقام عليه بينة يعني نظر في حال المحبوسين لانه
نصب ناظر المسلمين فمن اقر بحق او انكر فقامت عليه بينة الزمه الاولا يقبل
قول المعزول عليه الا ببينة لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد
ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل بنفسه والا اي وان لم يقر ولم يقم عليه
بينة نادى عليه اي لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه ان يامر مناديا في كل يوم
اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر حتى
يجمع بينهما فاذا لم يظهر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه وخلاه اي
اطلقه ونظر في الوديعة وغلات الوقوف التي وضعها المعزول
في ايدي الامنا وعمل بالبينة او اقرار ذي اليد لان كل ذلك حجة لا بقول
المعزول الا ان يقر ذو اليد بالتسليم منه اذ ثبت باقراره ان اليد كانت
لـ القاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال لان من في يده مال

فاليحضر ح

اذا اقر به لانسان يقبل اقراره وجلس للحكم في مسجد والجامع اولى لانه
اشهر مواضع البلد او يجلس في داره ويأذن للناس بالدخول
فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل لان الجلوس في داره وحده يورث
التهمة ورد اي لم يقبل هدية لان قبولها يؤدي الى مراعاة المهدي
الا من ذي رحم محرم او من اعتاد مهاداته اي لا يرد منهما قدر ما عهد اي
جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس
للقاضي بل جرى على العادة ان لم يكن لهما خصومة اذ لو كانت لمكانا اكلا
بقضائه وهو مالو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها الا ان الخاصة لاجل لا يتخذ خاصا
القضاء بخلاف العامة ويعود مريضا لانه ايضا من جملة الحقوق وسوى بين
الخصمين جلوسا واقبالا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو
بينهم في مجلس والاشارة والنظر والاسرار احدهما ولا يشير اليه ولا
يلقنه حجة للتهمة ولا يضحك في وجهه لانه اغراء على خصمه ولا يمزح مطلقا
اي لا يمازحهما ولا واحدا منهما ولا غيرهما لانه يزيل مهابة القضاء وهذا
احسن مما قال في الوقاية ولا يمزح معه لما قال في الكافي ولا يمزح معه
ولا مع غيره ولا يلقن الشاهد الشهادة بان يقول له اتشهد بكذا او كذا
الا انه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف
فيما لا تهمة فيه لان الشاهد قد يحصل له المهابة المجلس فكان تلقينه احياء
للحق بمنزلة احضار الخصم والكفيل واذا ثبت الحق على الخصم باقراره
او بينة امره اي القاضي المقر بدفع اي دفع الحق فان ابى اي امتنع
عن الدفع حبسه شرط الاباء بعد امره ولم يفرق بين ما اذا ثبت الحق
عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت الحق بالبينة

يجلس

٥٥١

يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره واذا ثبت باقراره لم يعجل بحبسه
اذا لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم
يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله
ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الائمة عكس ذلك لانه اذا
ثبت بالبينة يعتذر ويقول ما علمت ان لم علي دينا الا الساعة فاذا علمت
قضيت ولا يتاتي ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكر ههنا كما قال الزيلعي
قدر ما يري اختلف في تقدير مدة الحبس والصحيح انه مفوض الي راي
القاضي لان الحبس للايذا واحوال الناس فيه متفاوتة بمطلب ذي الحق
متعلق بقوله حبسه وكذا قوله فيما الزمه متعلق به بدلا عن مال
حصل له كثمن بيع وقرض او التزامه بعقد كالمهر المعجل وبدل الخلع
ودين الكفالة لان المال اذا حصل في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه
باختياره دليل يساره وفي غيرها من الديون لا اي لا يحبس ان ادعي الفقر
اذ لا دليل على اليسار الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه قدر ما يراه
كما مر لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين وعلى المدعي
اثبات غناه فيحبسه ثم يسال عنه فان لم يظهر له مال اطلقه لقوله تعالي
فنظرة الي ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما ولم يمنع غرماءه عنه لان
ثبوت حقهم عليه لا يمنع طلب الاخر حقه منه ولا تقبل بينة على افلاسه
قبل حبسه لانها بينة على النفي فلا يقبل ما لم يتايد بما يد وهو الحبس وبعد
تقبل على سبيل الاحتياط وبينة اليسار اولي يعني اذا اقام المدعي بينة
علي اليسار والمدعا عليه على الاعسار فبينة اليسار اولي لانه عارض والبينة
للاثبات وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من اداء الحق

لا يمنع ح
النفي

مع القدرة عليه ظهر ظلمه فيجازي بنا بيد حبسه لا يحبس لنفقة ماضية لزوجته
وولده لانها تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان
عليها فلا يحبس ايضا لانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ماذكرنا
بل يحبس في الانفاق عليهما اذا ابى عن الانفاق لان النفقة لحاجة الوقت
وفي تركه قصدا هلاكهما فيحبس لدفع هلاكهما تقضي المراة في غير حد وقود
لما مران القضا يستقي من الشهادة وشهادتها جائزة في غيرهما فكذا قضاؤها
فيه ولا يجوز فيهما لما فيهما من شبهة البدلية ولا يستخلف قاض اي لا ينصب
نايبا لان المفوض اليه القضا لا التقليد ولا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل
لا يوكل الا باذن الموكل الا اذا فوض اي الاستخلاف اليه بان قيل له من قبل السلطان
ول من شئت بخلاف الامور باقامة الجمعة وهو الخطيب فانه يستخلف في الصلاة
للضرورة لكونها على شرف الفوات فلو لم يجز لفاتت الجمعة من سمع الخطبة
مشغول بتخلف وقد مر تحقيقه في باب صلاة الجمعة وفرع على قوله الا
اذا فوض اليه بقوله فنايب القاضي المفوض اليه نايب عن الاصل يعني السلطان فلا يعزله
اي اذا كان نايبا عن الاصل لا يعزله القاضي الا اذا فوض اليه بان قيل له من قبل السلطان استبدل
من شيت فحينئذ يجوز له العزل والا ينعزل اي نايب القاضي بخروجه اي القاضي
عن القضا هذا ايضا مفرع على ما قبله ونايب غيره اي غير المفوض اليه ان قضا
عنده او اجازه اي لم يقض عنده او اجازه لكنه [illegible] سمع انه قضا في
غيبته واجازه صح قضاؤه لان المقصود حصول راي الاول وقد وجد
يمضي حكم قاض اخر يعني اذا رفع اليه حكم قاض اخر امضاه اذا كان مجتهدا فيه الا
ما خالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع اذ لا مزية لاحد الاجتهادين
على الاخر وقد تايد الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضي

قاض

٥٥٤

قاض بشاهد ويمين المدعي او ثبوت حل الوطي بمجرد النكاح في مطلقة الثلاث او بجواز
بيع متروك التسمية عمدا او بجواز بيع درهم بدرهمين لا ينفذ اما الاول
فلمخالفته الكتاب لانه تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم
يكونا رجلين فرجل وامراتان هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه تعالى قال
ذلكم اقسط عند الله واقوم للشهاده وادنى ان لا ترتابوا ولا مزيد على
الادنى واما الثاني فلانه مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة
واما الثالث فلانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاوه
بخلاف الاجماع واما الرابع فلان الخلاف فيه منقول عن ابن عباس رضي الله
تعالى عنهما فقد انكر عليه الصحابة فلا يعتبر خلافه كذا في الكافي وقد فرع على
قوله يمضي حكم قاض اخر بقوله فان امضى جزء هذا الشرط قوله الاتي نفذ قضاء محدود
في قذف وتاب او قضا الاعمى او قضا امراة قوله بحد او قود متعلق بقوله
قضا او قضا قاض لامراة قوله بشهاده زوجها او قاض بحد او قود بشهادتهما
اي شهاده امراة نفذ لان كلا منهما مجتهد فيه ولم يخالف ما ذكر حتى
لو ابطله ثان نفذه ثالث لان الاجتهاد الاول كالثاني والاول تايد باتصال
القضا به فلا ينتقض باجتهاد لم يتايد به لانه ونفوذ القضا حق الشرع
يجب صيانته من صيانته ان يلزم ولا يعترض عليه واما قضى عبد او صبي
مطلقا اي سو كان على مسلم او كافر وقضا كافر على مسلم فلا ينفذ القضا
بخلاف يوم القتل يعني اذا ادعى رجل ان اباه مات في يوم كذا او قضي به
فادعت امراة اي الميت تزوج بها بعد ذلك اليوم يسمع ويقضي بالنكاح
ولو ادعي قتله فيه وقضي به لم تسمع دعواها النكاح بعده كذا اذا ادعي
ان فلان مات وترك هذا ميراثا لامي وماتت وتركته ميراثا لي وقضي له

او قضا شهاده المحدود التايب وشهاده الاعمى وشهاده لامراة صح

ابدا لانتفا اهلية الشهادة فيهم عليه يوم الموت لا يدخل تحت حكم صح

بالبينة فقال المدعى عليه ان لمك التي تدعي الارث عنها ماتت قبل فلان الذي تدعي انه مات اولا واقام البينة لم يصح الدفع وسره ان القضا بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث انه موت ليس محلا للنزاع لير تفع باثباته بخلاف القتل فانه من حيث هو محل النزاع كما لا يخفي القضا بحل او حرمة بشهادة زور ينفذ ظاهرا وباطنا اذا ادعاه بسبب معين يعني ان العقود كالبيع والشري والاجارة والنكاح والفسوخ كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه فانه ينفذ فيها عند ابي حنيفة ظاهرا وباطنا وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا بخلاف الاملاك المرسلة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين فانهم اجمعوا انه ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضا بطريق الاقتضا وفي النكاح والشرا يقدم النكاح والشرا تصحيحا للقضا وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله والمراد بالنفاذ ظاهرا ان يامر القاضي المراة ان تسلم نفسها الي الرجل ويقول سلمي نفسكي اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالي ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضا كذلك لان القضا ينفذ بقدر الحجة وله ما روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين وقضي بالنكاح بينهما فقالت ان لم يكن بد يا امير المومنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضا لما امتنع من تجديد النكاح عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان الشهود زورا بدليل القصة القضا في مجتهد فيه الباقي بقوله بخلاف رايه متعلق بالقضا المراد بخلاف الراي خلاف اصل المذهب كالحنفي اذا حكم على مذهب الشافعي

او نحوه او بالعكس واما اذا حكم الحنفي بما ذهب اليه ابو يوسف او محمد او نحوهما
من اصحاب الامام فليس حكما بخلاف رايه لو كان قضاوه ناسيا مذهبه نفذ
عند ابي حنيفة رحمه الله ولو عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ انه ليس بخطا
بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضا بما هو خطا عنده قيل عليه
الفتوى قال في الهداية وقيل الفتوى على النفاذ فيهما في الفتاوي الصغرى
اذا قضي في محل الاجتهاد وهو لا يري ذلك بل يري خلافه ينفذ عند ابي حنيفة
رحمه الله وعليه الفتوى كذا في الكافي لا يقضي على غايب ولا له لقوله عليه الصلاة
والسلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر ولان
القضا لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضا الا بحضور
نايبه حقيقة كوكيله او وصيه او شرعا كوصي القاضي او حكما بان يكون ما يدعي
على الغايب سببا لما يدعي على الحاضر فينتصب الحاضر خصما عن الغايب
ويصير القضا عليه كالقضا على الغايب كما اذا برهن على ذي يد انه اشتري
المدعي من فلان الغايب فحكم على الحاضر كان حكما على الغايب يعني ادعي عينا
في يد غيره انه اشتراها من فلان الغايب واقام البينة على ذي اليد وقضي به
ثم حضر الغايب وانكر ذلك لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة
لانه صار مقضيا عليه فان المدعي لا يتوصل الى اثبات حقه على الحاضر
الا باثباته على الغايب ولو كان ما يدعي على الغايب شرطا لما يدعيه على الحاضر لا
اي لا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغايب اذا كان فيه ابطال حق الغايب
كمن قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق فاقامت زوجة الحالف ان فلانا
طلق امراته ووقع الطلاق على الحالف لا تقبل بينتها في الاصح لان فيه ضررا
على الغايب لابطال نكاحه بخلاف ما لو لم يتضمن ضررا كما لو علق طلاقها

بينته سم

به حول فلان الدار فانه تقبل لعدم تضمنه ابطال حق الغايب وهنا زيادة
تفصيل ذكرت في المنية فمن ارادها فلينظر فيها واما اذا قضى عليه اي على
الغايب متعلق بقوله لا يقضي على الغايب فقيل ينفذ وقيل لا قال في
العمادية الحكم على الغايب ينفذ عند الشافعي وينفذ عندنا في احدى الروايتين
التركة اذا استغرقت بالدين فولاية البيع للقاضي لا الورثة اذ لا ملك للورثة
فيها فلا يكون لهم ولاية البيع يقرض اي القاضي مال الوقف والغايب واليتيم
ويكتب اي الصك كذكر الحق لا الاب والوصي اي لا يقرض الاب مال ابنه
والوصي مال اليتيم والفرق ان في الاقراض مصلحتهم لبقا الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على التحصيل بخلاف الاب والوصي
قضى بالجواز متعمدا اقر به فالغرم عليه في ماله ولو قضى بالجور خطا
فعلى المقضي له كذا في التاتارخانية والواقعات للصدر الشهيد حكما
اي جعل الخصمان بينهما حكما ما صلح قاضيا اي لم يتصف بما ينافي
القضا فحكم بينهما ببينة او اقرار معنى الحكم بالبينة رفع النزاع
بينهما بها ومعنى الحكم بالاقرار الالزام على المقر بموجبه ذكره في النهاية
او نكول في حد او قود او دية على العاقلة ورضيا بحكمه صح الاصل ان حكم غير صح
المحكم بمنزلة الصلح فيما يجوز التعاقد بالصلح يجوز التحكيم به وما لا فلا والتيفا
الحد والقود والدية لا يجوز بالصلح فلا يجوز التحكيم فيها ولا يفتى به اي بصحته
في غير ما ذكر لئلا يتجاسر العوام فيه كذا اي صح اخباره باقرار احد
الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته اي بقا تحكيمهما لا اي لا يصح
اخباره بحكمه لانقضا ولايته كالقاضي المعزول اذا قال قضيت عليك
بكذا ولكل منهما الرجوع قبل حكمه لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على

رضاهما

٥٥٧

التحكيم صح

رضاهما فان قيل يثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا شرط وجود الشي لا يجب ان يكون بجميع اجزائه شرطا لبقاء ذلك الشي كما في البنا لا بعده اي لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا اقضى ثم عزل لا يبطل قضاوه لا يصح حكمه لابويه وولده وزوجه كحكم القاضي المولى اذ لا تقبل شهادته لهم للتهمة فاولى ان لا يصح قضاوه لهم بخلاف حكمهما اي المولى والمحكم عليهما حيث يجوز لعدم التهمة فيه وان حكما رجلين فلابد من اجتماعهما عليهما يعني لو حكم احدهما بدون الاخر لم يجز لانه امر يحتاج فيه الى الراي لا يكون رضا براي الواحد كما في البيع والخلع ونحوهما رفع حكمه الى المولى ان وافق مذهبه امضاه اذ لا فايدة في ابطاله ثم في احكامه والا اي وان خالف ابطله الفرق بين هذا وبين ما اذا رفع الى قاض قضية قاض اخر فانه لا يرده وان خالف رايه اذا كان في فصل مجتهد فيه ووجهه ان المحكم له ولاية على الحكمين دون غيرهما والقاضي الذي رفع اليه حكم غيرهما فلا يكون حجة عليه وكان كالصلح فله ان يرده اذا خالف رايه واما القاضي فله ولاية على كل الناس فكان قضاوه حجة في حق الكل فلا يكون لهذا القاضي ان يرده اذا صادف القضا محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه فايده اذا غاب المدعى عليه بعد ما سمع القاضي البينة عليه او غاب الوكيل بالخصومة بعد قبول البينة قبل التعديل او مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة قيل لا يقضي وقيل يقضي وقال شمس الايمة وهذا ارفق بالناس ولو اقر المدعى عليه ثم غاب يقضي عليه باقراره في قولهم وان غاب الوكيل او مات بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل يقضي عليه بتلك

البينة ولو غاب المدعي بعد ما اقيمت عليه البينة يقضي بها على الوارث الاخر وكذا لو اقيمت البينة على نائب الصغير يقضي بها عليه ولا يكلف باعادة البينة كذا في الخانية

باب كتاب القاضي

قال في الهداية باب كتاب القاضي الى القاضي ثم قال فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وقال في النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعله وكيلا لاثبات الحق ولو كان المراد بالخصم هو المدعي عليه لما احتيج الى كتاب قاض اخر لان القاضي قد حكم على الاول اقول لا يخفى ما فيه من التكلف والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطية لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم ونظايره كثيرة وترك ههنا قوله الى القاضي لان هذا الباب غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة شهدوا على خصم حاضر حكم اي القاضي بها اي بشهادتهما وكتب به اي بحكمه وهو السجل في المغرب كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي به فالسجل كتاب قاض ذكر فيه حكمه سواء كان منه الى قاض اخر او لا الثاني ظاهر والاول يكون في صورة الاستحقاق فان المدعي عليه اذا كان المحكوم عليه واراد الرجوع على بايعه وهو في بلدة اخرى وطلب من القاضي ان يكتب حكمه الى قاضي تلك البلدة ليحصل حقه يكتبه القاضي ويكون ايضا سجلا لتضمنه الحكم او شهدوا على خصم غايب لم يحكم بتلك الشهادة لما مر ان القضا على الغايب لا يصح وكتب بها اي بتلك الشهادة الى قاض يكون الخصم في ولايته ليحكم المكتوب اليه وكتاب القاضي الى القاضي نقل الشهادة حقيقة لان مضمونه ذلك وتقبل فيما لا يسقط بشبهة

احتراز

[Margin notes:] وكذا لو اقيمت البينة على احد الورثة ثم غاب يقضي بها على الوارث الاخر صح

ثم بلغ الصغير

ثم بلغ صح

الى القاضي صح

المسجل صح

وهو الكتاب الحكمي سمي به لان المقصود به حكم المكتوب اليه صح

وهو مع

احترز عن الحد والقود لما سياتي كالدين فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه
الي الاشارة والعقار فانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الي الاشارة والنكاح
بان ادعي رجل نكاحا علي امراة او بالعكس واراد كتاب القاضي بذلك الي
قاض اخر والطلاق بان ادعت طلاقا علي زوجها والعتاق والوصية والنسب من الحي
والميت والمغصوب والامانة والمضاربة المجحودتين والشفعة والوكالة
والوفاة والقتل اذا كان موجبه المال لما سياتي انه لا يقبل في القود والوراثة
فان ذلك بمنزلة الدين وكالمنقول في المختار انما قال في المختار لما قيل انه لا يقبل
في الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاما ونحوها للحاجة الي الاشارة فيما
ينقل عند الدعوي والشهادة وقال في المحيط رجع ابو يوسف عن القول الاول
وقال انه يقبل في العبد لا الامة لان الاباق يغلب في العبد دون الاما وعنده
انه يقبل فيهما بشرايطه وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون
قال القاضي الاسبيجابي وعليه الفتوي كذا في الكافي لا في حد وقود اي لا يقبل
فيهما لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة ولان مبناهما علي الاسقاط وفي قبوله
سعي في اثباتهما وذكر عطف علي قوله وكتب بها اسمه اي اسم القاضي الكاتب
ونسبه واسم المكتوب اليه ونسبه واسما الشهود وانسابهم وان كل واحد
منهم شهد عقيب الدعوي الصادرة عن فلان بن فلان ولا يصح الاقتصار علي
قوله عقيب الدعوي ولا يكفي ان يكتب عن له ذلك وعقيب الاشهاد حتي اذا اشهدنا
قبل الاشهاد لا تقبل شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعني وقدمه في كتاب
الشهادة بيان المراد بالاتفاق لفظا ومعني وقراه اي القاضي الكاتب علي
من اشهدهم ليعرفوا ما فيها ويعلمهم بان لم يقرا عليهم اذ لا شهادة بلا علم
وكتب اسماءهم وانسابهم اي اسما شهود الطريق وانسابهم فيه اي في الكتاب الحكمي

فان كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتاب كذا في الخلاصة
وكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبل وان كتب ينظر هل هو
كان قاضيا في ذلك الوقت ام لا والا يكتفي بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا وختمه
عندهم وسلمه اليهم لان يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد اذ عندهما
علم الشهود بما في الكتاب شرط جواز القضاء به وابو يوسف لم يشترط ذكر
اسم المكتوب اليه ونسبه بل جوز ان يكتب ابتدا الى كل من يصل اليه كتابي
هذا من القضاة ولا القراة عليهم وختمه فسهل ذلك حين ابتلى بالقضا
وليس الخبر كالمعاينة وعلى المتاخرون توسعة على الناس فالحاصل ان سجل القاضي
الى القاضي لا يكون الا بعد الحكم وكتاب القاضي الى القاضي الذي هو نقل الشهادة
لا يكون الا قبل الحكم وشرطا ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم
اي المدعى معلوم والمدعى على معلوم اي المدعى عليه والقياس يابى جواز العمل
بكتاب القاضي لان كتابة لا يكون اقوى من خطابه ولو حضر بنفسه مجلس القاضي
المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي لانه صار واحدا من الرعايا
فكذا اذا كتب اليه لكنه يجوز فيما يثبت بالشبهات لحاجة الناس اذ قد يكون
الشاهد للمرء على حقه في بلدة وخصمه في بلدة اخرى ليتعذر الجمع بينهما
ولا يتمكن من ان يشهد على شهادتهما اذ اكثر الناس يعجزون عن ادا الشهادة
على الشهادة على وجهها فيحتاج الى نقل الشهادة بالكتاب الى مجلس ذلك
القاضي لا يقبل اي نقل الشهادة الامن قاض مولى من قبل السلطان احتراز
عن المحكم يملك الجمعة اي قدر على اقامة الجمعة فلا يقبل من قاضي رستاق
ولا يجوز كون شهود الطريق كفارا ولو كان المدعى عليه كافرا لا شهادتهم
ملزمة للحكم على القاضي فيكون حجة عليه ولا عبرة بالخصم ادعى على غايب

مالا واراد بعث وكيله لتحصيله استحلفه اي المدعي القاضي بالله ما قبضته كلا او بعضا او ما ابرات ذمته وما تعلم ان رسولا او وكيلا لك قبض منه لان ذلك الغايب يحتمل ان يدعي بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه ولا يكون له بينة فحينئذ يتوجه اليمين على المدعي فاذا حلف قبل بينه فيع ذلك ويقصر المسافة فاذا انقطع الشهود اي شهود الطريق ولم يصلوا الى المكتوب اليه او وجد الخصم في ولاية قاض اخر اشهدا على شهادتهما رجلين اخرين كما في الشهادة على الشهادة وكتبها على طريقها اي الشهادة على الشهادة بدلهما اي بدل الشاهدين الاصليين فانهاه اي ما كتب بدلهما الى من انتهى اليه الاصل اي اصل المكتوب ان كان الخصم في بلده او الى قاض اخر ان لم يكن فيه ثم الى اخر وثم الى اخر الى ان يصل الى من يكون الخصم تحت ولايته لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فقال ثم انه اي متى كان الخصم في ولايته سوا كان ابتدا او انتهاء لا يقبل اي نقل الشهادة الا بحضور الخصم اليه الا بمنزلة اداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل بعبارته وكما لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضور الخصم فكذا لا يفتح الكتاب الا بحضرته بخلاف سماع القاضي الكاتب الشهادة الا بحضور الخصم وكذا لا يفتح الكتاب الا بحضرته تحلا لانه للنقل لا الحكم وهذا للحكم قيل ولم يشترطه ايضا ابو يوسف قال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبل من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر

ووصلوا اليه

حضور الخصم عند الحكم به كذا في غاية البيان ولا يقبل ايضا الا بشهادة
رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب قد يزور اذ الخط يشبه الخط والخاتم
يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضي ملزم اذ يجب
على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا يلزم الا بالبينة فاذا شهدا عنده
اي شهد الطريق عند القاضي المكتوب اليه انه كتاب القاضي فلان بن فلان
وعدلوا فتحه قال في الكافي الصحيح انه انما يفتح الكتاب بعد ثبوت
فربما يحتاج الى زيادة الشهود واداء الشهادة انما يكون بعد قيام الختم وقرا على
الخصم والزمه ما فيه اذ بقي كاتبه قاضيا فيبطل اي كتاب القاضي ان زال عن
القضا بموت او عزل او زوال اهلية القضا عنه قبل وصوله اي الكتاب اليه
لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل وانما قبلوه باعتبار الولاية الشرعية فاذا لم يبق
عاد الامر الى الاصل ولهذا لو اتفقا قاضيان في عمل احدهما او في مصر ليس من
عملهما فقال احدهما للاخر قد ثبت عندي كذا فاعمل به لا يقبل لانتفا الولاية كذا
زوال المكتوب اليه عنه اي عن القضا بما ذكر من الاسباب فانه ايضا سبب بطلان كتاب
القاضي الكاتب الا اذا كتب بعد اسمه اي اسم المكتوب اليه والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين فانه لما عرف الاول كتابة القاضي اليه فيجعل غيره تبعا وكم من شي
يثبت تبعا ولا يثبت قصدا وان كتبه اي قوله الى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين ابتدا اي بلا تسمية القاضي المكتوب اليه جوزه ابو يوسف فانه توسع
بعد ما ابتلي بالقضا فان قال الخصم بعد وصول الكتاب لست الذي كتب فيه
فعلى المدعي اثباته باقامة البينة على انه هو او طعن عند هذا القاضي في القاضي الذي
كتب الكتاب وقال لهذا القاضي اني اتيتك بما اوضح به هذا عندك او قال له سهل
عن ذلك فانك تجده على ما قلت او قال فيهم ما يسقط به عدالتهم بان قال ان الشهود

الذين شهدوا عند القاضي المكاتب عليه بالحق عبيد او محدودون في قذف
او من اهل الذمة سمع القاضي هذا الطعن فان اقام على ذلك شاهدين
لم يقبل القاضي ذلك الكتاب لان هذه الاشيا ليست بجرح مجرد
فلا يمتنع قبول الشهادة عليها وبه تبين انما ذكره في الجامع
الصغير في كتاب القضا انه قيل ان الخصاف ذكر ان الشهادة
على الجرح المجرد مقبولة غير صحيح لان هذه الاشيا ليست
بجرح مجرد وهذا اذا اقام شاهدين وان اقام شاهدا واحدا
ذكر في الكتاب ان هذه شبهة يعني انه تمكنت التهمة بشهادة
الواحد فتقع الشبهة في القضا والقضا مع الشبهة لا يجوز
فيتفحص فان وجد الامر على ما قال هذا الواحد فلا يقضي بالكتاب
كذا في شرح ادب القاضي للخصاف وان مات اي الخصم نفذه
اي القاضي الكتاب على وارثه او وصيه لقيامهم جاز نقل شهادة
واحد يعني اذا كان لرجل على اخر في بلد اخرى دعوى وله شاهد
واحد في بلدته واخر في بلدة المدعى عليه واراد ان ينقل شهادة
من في بلدته ويدعي على ذلك الشخص ويتمسك بكتاب الشهادة
وشاهد هناك جاز وجاز كتب توكيل غايب يعني اذا كان لرجل
على اخر في بلدة اخرى دعوى واراد ان يوكل رجلا في تلك البلدة
ليخاصم من جانبه مع ذلك الرجل جاز ايضا واختلف في حكمه
اي القاضي بعلمه قالوا ان محمد رحمه الله اعتبر علم القاضي حتى
اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيا من المدعي ياخذه من زيد ويدفعه
الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وروى ابن سماعة عن

ان القاضي لا يقضي بعلمه وان انعقاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد معه شاهد
واحد قال لعل القاضي يكون غالطا فيما يقول فيشترط مع علمه شاهدا آخر
بمعنى شاهدين كذا في العمادية ثم لما فرغ عن ذكر السجل وبيان نقل الشهادة
شرع في بيان المحضر وما يعتبر فيه وفي السجل من تمام التبيين وبيان
الصك والحجة والوثيقة فقال والمحضر ما يكتب فيه حضور المتخاصمين
عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار من المدعى عليه والانكار
منه والحكم بعد انكاره بالبينة من المدعي او النكول عن اليمين
من المدعى عليه على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل قال
المحيط البرهاني ان الاشارة في الدعوى والمحاضر ولفظ الشهادة
من اهم ما يحتاج اليه وانما كانت اهم ما يحتاج اليه قطعا للاحتمال
لان المدعي يستحق بدعواه المدعى به على المدعى عليه والشهود
بشهادتهم يثبتون استحقاقه ولا يثبت الاستحقاق مع الاحتمال
وكذا في السجلات لا بد منه من الاشارة حتى قالوا اذا كتب
في محضر الدعوى حضر فلان مجلس الحكم واحضر مع
نفسه فلانا فادعى هذا الذي حضر عليه لا يفتى
بصحة المحضر وينبغي ان يكتب فادعى هذا الذي حضر على
الذي احضره اذ بدونه يوهم انه احضر هذا وادعى على
غيره وكذلك عند ذكر المدعى عليه في اثنا المحضر
لا بد من ذكر هذا فيكتب المدعي هذا والمدعى عليه هذا لان
بعض المشايخ بالصحة بدونه وكذا قالوا في السجلات
اذا كتب وقضيت لمحمد هذا على احمد هذا لا بد ان يكتب

دقضب

٥٦٥

وقضيت لمحمد هذا المدعي على احمد هذا الابد ان يكتب وقضيت
هذا المدعي عليه وكذلك قالوا اذا كتب في المحضر عند ذكر شهادة الشهود
واشاروا الى المتداعيين لا يفتي بصحته لان الاشارة المعتبره هي الاشارة عند
الحاجة اليها في موضعها ولعلهم اشاروا الى المدعي عليه عند الحاجة الى
الاشارة الى المدعي عليه ويكون ذلك اشارة الى المتداعيين فلا يكون معتبرة
فلا بد من بيان ذلك بالغ الوجوه قطعا للوهم والصك ما كتب فيه البيع
والاقرار ونحوها في المغرب الصك كتاب الاقرار بالمال وغيره معرب والحجة
والوثيقة يتناول لان الثلاثة يعني السجل والمحضر والصك لان في كل منها
معنى الحجة والوثاقة مسايل شتى جمع شتيت بمعنى متفرق لا يتد
ذو سفل فيه اي فيه سفل ولا ينقب كوة بلا رضى ذي العلو يعني اذا
كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا اولا
ان ينقب كوة بلا رضى ذي العلو عند ابي حنيفة رحمه الله سوا كان
مضرا لذي العلو او لا وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا
الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني في العلو بيتا او يضع جذوعا
او يحدث كنيفا زايغة مستطيلة تتشعب عنها زايغة غير نافذة
لا يفتح اهل الاولى من حايط دارهم بابا في الثانية لان فتحه للمرور ليس لهم
حق في الزايغة السفلى بل هو مختص باهلها لانها بجميع اجزايها ملك
لاربابها حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فاذا
اراد واحد ان يفتح بابا فقد اراد ان يتخذ طريقا في ملك الغير ويحدث
لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف النافذة لان حق
المرور فيها للعامة بخلاف زايغة مستدرة لزق طرفاها حيث

يجوز له ان يفتح بابا في حايط من باي جانب شا لان هذه سكة واحدة
وهي بمنزلة سكة مشتركة في دار ولكل واحد منهم حق المرور في كلها
ولهذا لو بيعت فيها دارا كانت الشفعة للكل على السوا فيفتح الباب
لا يحدث لنفسه حقا فلا يمنع ادعى هبة وقت فسيل بينة
فبرهن على الشرا بعد وقت الهبة قبل وقبله لا يعني ادعى
دارا في يد رجل انه وهبها وسلمها اليه في وقت كذا
فسأله القاضي البينة فقال انه جحد في الهبة فاشتريتها منه وادعى
وقتا بعد وقت الهبة وبرهن عليه يقبل ولو ادعى وقتا قبل وقت
الهبة فبرهن عليه لا يقبل والفرق ان التوفيق في الوجه الاول يمكن
فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لي منذ شهر ثم جحد
في الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وفي الوجه الثاني لا يمكن التوفيق
فيتحقق التناقض قال رجل لاخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر
اي الاخر الشرا للقايل اي جاز لمن قال اشتريت وطوها وكان الظاهر
ان لا يجوز لاقراره بملك الغير ان ترك اي البايع الخصومة لان
المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به فاذا ترك
البايع الخصومة تم الفسخ باقتران العمل به وهو امساك الجارية
ونقلها اقر بقبض عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق
مع يمينه وفي الستوقة لا اي لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد
والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا يجوز التجوز في الصرف
والسلم بالزيوف والنبهرجة والقبض لا يختص بالجياد فلا يتناقض
بين دعوى الزيافة والنبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل

لمن

٥٦٧

لمن اقر بقبض الجياد او حقه او الثمن او الاستيفا اما الاقرار بالثلاثة الاول
فظاهر واما الاقرار بالاستيفا فلانه عبارة عن القبض بوصف التمام
فكان عن قبض حقه الزيوف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده
التجار والستوقة ما غلب عليه الغش قال رجل لاخر لك علي الف
فرده اي قال في مجلسه بل لي عليك الف لمن تصديقه بلا حجة
اي لا يكون على المقر شي لان المقر له اذا قال لا شي لي عليك فقد رد
اقراره والمقر له ينفرد برد الاقرار فملك ابطاله بغيره فاذا ابطل برده التحق
بالعدم فاذا ادعى بعده فلا بد من الحجة او تصديق خصم ادعى خمسة
دنانير فقال المدعى عليه اوفيتكها فجا فشهود يشهدون انه دفع اليه
خمسة دنانير لكنا لا ندري انها من هذا الدين او غيره جازت شهادتهم
وبرا المدعى عليه كذا في العمادية اقام البينة على شرا واراد الرد بعيب
ردت بينة بايعه على برائته من كل عيب بعد انكاره بيعه يعني ادعى
على رجل انه اشترى منه هذه الامة وانكر المدعى عليه البيع فبرهن
المشتري عليه ثم وجد بها عيبا قديما واراد ردها فبرهن البايع انه ابرا
اليه من كل عيب لم يقبل للتناقض بين الكلامين اذ شرط البراة من العيب
تصرف في العقد بتغييره عن اقتضا صفة السلامة الى غيرها وتغيير
العقد من وصف الى وصف بلا عقد محال واذا بطل التوفيق ظهر التناقض
وعن ابي يوسف انه يقبل اعتبارا بفصل الدين ولهما ان الدين قد يقضي
وان كان باطلا كما مر ولا كذلك هنا بطل صك كتب ان شا الله في اخره
اي اذا كتب رجل اقراره بدينه في صك ثم كتب في اخره ومن قام بهذا
الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه

اي قال ليس لي عليك
شي فرد اقراره ثم صدقه

من الحق فلا ولا يد ذلك ان شا الله بطل الذكر كله عند الامام وعندهما ينصرف
الاستثنا الى قوله من قام الخ وقولهما استحسان لان الاصل ان يصرف الاستثنا
الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وله ان الكل كشي
واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة كقوله عبده حر وامرأته
طالق وعليه المشي الى بيت الله الحرام ان شا الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به
ويصير كفاصل السكوت مات ذمي فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقال ورثته
بل صدقوا لان الاسلام ثابت في الحال والحال يدل على ما قبلها كما في مسيلة الطاحونة قبل موته
اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان الما وانقطاعه حيث يحكم الحال ويستدل بها
على الماضي وهذا ظاهر يعتبر للدفع وان لم يعتبر للاستحقاق كما في مسلم مات
فقالت عرسه اسلمت قبل موته وقالوا بعده فان القول للورثة ايضا لانها
تدعي امرا حادثا والاصل في الحوادث ان يضاف حدوثها الى اقرب الاوقات
قال هذا ابن مودعي الميت لا وارث له غيره دفعها اليه يعني من مات ولغ بيد رجل
ماية درهم وديعة فقال المودع لرجل اخر هذا ابن الميت لا وارث له غيره
فالقاضي يقضي بدفع الوديعة اليه لانه اقر ان ما في يده حق الورثة بطريق
الخلافة فصار كما لو اقر انه حق للمورث وهو حي بطريق الاصالة فان اقر بابن
اخر لم يفد اذا كذبه الاول بل يكون ماله كله للاول لان هذه الشهادة على الاول
بعد انقطاع يده عن المال فلا يقبل كما لو كان الاول ابنا معروفا تركة قسمت
بين الورثة او الغرما بشهود لم يقولوا لا نعلم له وارثا او غريما اخر لم يكفلوا اي لم
يوخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام وقالا يوخذ لان القاضي نصب ناظرا للغيب
والموت قد يقع بغتة فلا يمكن له بيان كل الورثة او الغرما ويجوز ان يكون وارث
غايب ويجب على القاضي الاحتياط بالتكفيل مبالغة في الاحيا وتفاديا عن التوا

ولم

ولو ان جهالة المكفول لم تبطل الكفالة كما في كتابها ادعى دارا في يد رجل لنفسه
ولاخيه الغايب وبرهن عليه اخذ نصف المدعي وترك باقيه مع ذي اليد بلا تكفيل
جحد دعواه اولا وقالا ان جحدها ذو اليد اخذها القاضي منه وجعلها
في يد امين حتى يقدم على الغايب وان لم يجحد ترك النصف الاخر في يده
حتى يقدم الاخر لان الجاحد خاين فيوخذ منه والعوامين فيترك في يده
وله ان اليد الثابتة لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لان القضا وقع للميت
بالكل لان الوارث قال هذا ميراث ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث واحتمال
كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما لو كان مقرا وبطل جحوده بقضا
القاضي والظاهر انه لا يجحد فيما يستقبل لان الحادثة صارت معلومة
للقاضي ولذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال كذا
المنقول في الاصح اي اذا كانت الدعوى في المنقول فقيل يوخذ منه
اتفاقا لاحتياج المنقول الى الحفظ والنزع من يده ابلغ في الحفظ كيلا
يتلفه واما العقار فمحفوظ بنفسه وقيل المنقول على الخلاف ايضا يعني يترك
النصف في يد ذي اليد وهذا اصح لانه محتاج الى الحفظ والترك في يده
ابلغ في الحفظ لان المال في يد الضمين اشد حفظا وبالانكار صار ضامنا
ولو وضع في يد عدل كان امينا فيه فلو تلف لم يضمن وانما لم يوخذ الكفيل
لانه انشا خصومة والقاضي وضع لقطعها لا لانشايها وصية بثلث ماله
تقع على كل شي واذا قال مالي او ما املكه صدقة يقع على مال الزكاة والقياس فيهما
واحد وهو قول زفر لان اسم المال عام فيلزمه التصدق بكل ماله كما في الوصية
ولنا ان الايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ما اوجبه الله تعالى من الصدقة
المضافة الى مال مطلق كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف الى الفضول

لا الى كل المال فكيف ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها اخت الميراث
لكونها خلافة كالوراثة والارث يجري في جميع الاشيا فكذا الوصية فان لم يجد غيره
اي غير مال الزكاة امسك منه قوته فاذا ملك تصدق بقدره لان حاجته
مقدمة ثم ان كان صاحب حرفة يمسك قوت يومه وان كان صاحب دور وحوانيت
يمسك قوت شهر وان كان صاحب ضيعة يمسك قوت سنة وان كان تاجرا يمسك
مقدار ما يصل اليه ماله صح الايصا بلا علم الوصي لا التوكيل بلا علم الوكيل يعني اذا
اوصى رجل الى اخر ولم يعلم الوصي حتى باع شيا من التركة فهو وصي وبيعه جائز
ولا يصح بيع الوكيل حتى يعلم والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية
الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث والتوكيل اثبات ولاية التصرف
في ماله لا الا استخلاف بعده لبقا ولاية المنوب عنه فلا يصح بلا علم من يثبت
له الولاية فلو علم الوكيل ولو من فاسق صح تصرفه لان الاعلام بالوكالة اثبات
حق للوكيل يستوفيه ان شا الله وليس فيه الزام يشترط شرايط الالزام ويشترط
لعزله خبر عدل او مستورين كعلم السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع
والبكر بالنكاح ومسلم لم يهاجر بالشرايع لا الخبر بهذه الجملة يشبه التوكيل من حيث
ان المتصرف يتصرف في ملكه ويشبه الالزامات لما فيه من ضرر يلزم الاخر من حيث منعه
عن التصرف فوجب ان يشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة توفيرا
على الشبهين حقهما باع القاضي او امينه عبد الغرما واخذ المال فضاع واستحق
العبد من يد المشتري لم يضمن اي القاضي او امينه لانه بمنزلة الامام فانهم يحتاجون
الى امثال هذا كثيرا فلو رجع الحقوق اليهم لتقاعدوا عن اقامتها فيختل
مصالح الناس ورجع المشتري على الغرما لانه عقد لم يرجع عهدته على العاقد
فيجب على من يقع العقد له والبيع واقع للغرما فيكون العهده عليهم

كالوكالة

١٥٧١

كما لو كان العاقد صبيا او عبدا محجورا وقد توكلا عن غيرهما بالبيع فان الحقوق
ترجع الى الموكل وان باع الوصي لهم اي للغرما بامر القاضي وضمن ثمنه فضاع
من يده واستحق العبد او مات قبل قبضه اي الثمن رجع المشتري على الوصي
لان الرجوع بالثمن من حقوق العقد وحقوقه ترجع الى العاقد وهو
الوصي حقيقة نيابة عن الميت لانه وان نصبه القاضي فانما نصبه ليكون
قائما مقام القاضي وحقوق العقد ترجع اليه لو باشره في حياته فكذا ترجع
الى من قام مقامه وهو اي الوصي عليهم اي يرجع على الغرما لانه باع لهم فكان
عاملا ومن عمل لغيره عملا ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل
ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه لانه لم يصل اليه وقيل لا يرجع
ايضا بما غرم للوصي من الثمن لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي
كقبضه والاصح انه يرجع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه كذا في الكافي
القاضي اخرج الثلث للفقرا ولم يعطهم اياه حتى هلك كان من مالهم اي الفقرا
والثلثان للورثة كذا في الواقعات ووجبه ما مر امرك قاض عالم عادل برجم
او قطع او ضرب قضى به على شخص وسعك فعله وقال محمد اخرا لا يقبل
قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضي يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن
وكثير من مشايخنا اخذوا به وقالوا ما احسن هذا في زماننا لان القضاة
قد فسدوا فلا يؤمنون على نفوس الناس ودمايهم واموالهم الا في كتاب
القاضي الى القاضي فانهم اخذوا فيه بظاهر الرواية للضرورة وجه ظاهر
الرواية في الاول ان القاضي امين فيما فوض اليه ونحن امرنا بطاعة اولي الامر
وطاعته في تصديقه وقبول قوله وقال الشيخ ابو منصور ان كان القاضي
عالما عادلا يجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم تهمة الخطا والخيانة

وصدق عدل جاهل سيل فاحسن تفسيره بان يقول في الزنا اني استفسرت المقر به كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة فحينئذ يجب تصديقه وقبول قوله وان لم يقبل قول غيرهما وهو جاهل فاسق وعالم فاسق لتهمة الخطا بالجهل والجناية بالفسق الا ان يعاين سبب الحكم يعني سببا شرعيا فحينئذ يقبل قوله لانتفا التهمة صدق معزول قال لزيد اخذت منك الفا قضيت به لبكر ودفعت اليه او قال قضيت بقطع يدك في حق وادعى زيدا اخذه وقطعه ظلما واقراي زيد بكونهما في قضايه يعني اذا قال قاضي معزول لرجل اخذت منك الف درهم ودفعته الى زيد قضيت به لزعليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي بلا يمين وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق وقال فعلته ظلما فالقاضي يصدق بكل حال اذا كان الماخوذ منه ماله او المقطوع يده معترفا بكونه حال قضايه لانه لما اقر به صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لانه فعل القاضي على سبيل القضا لا يوجب عليه الضمان فجعل القول قوله بلا يمين اذ لو لزمه اليمين صار خصما وقضا الخصم لا ينفذ ولو انكر كونه قاضيا يومئذ وقال فعلته قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح لانه اذا اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضا لانها معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول قوله كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا

انتهى

انتهى كتاب **القسمة** لا يخفى وجه المناسبة بين كتاب
القاضي وكتاب القسمة هي لغة اسم للاقتسام كالقدرة للاقتدار وشرعا
تمييز بين الحقوق الشايعة بين القاسمين وركنها فعل يحصل به التمييز
بين الانصبا كالكيل والوزن والعد والزرع والوزني والعددي والذرعي
وسببها طلب الشركا او احدهم الانتفاع بحصته حتى اذا لم يوجد منهم
الطلب لم تصح القسمة وشرطها عدم فوت المنفعة فانها افراز
ما لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اي
المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه اما اذا تبدل فيكون تبديلا
لا افرازا وحكمها تعين نصيب كل على حدة لانه الاثر المرتب عليها ولا تعرى
مطلقا اي سوا كانت في المثليات او القيميات عن معنى افراز لهو اخذ عين
حقه ومعنى مبادلة هي اخذ عوض منه اي عن حقه اذ ما من جزء معين الا هو
مشتمل على النصيبين فكان ما ياخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد
من صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما
في يد صاحبه فكان مبادلة فان غلب الاول اي معنى الافراز والتمييز
في المثليات وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لان ما ياخذه
مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه وان غلب الثاني اي
معنى المبادلة في غيرها يعني الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين
ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ حقه وفرع على ما ذكرنا بقوله
فياخذ شريك حصته بغيبة صاحبه في الاول لكونه عين حقه لا الثاني
لكونه غير حقه وبمعنى الافراز يجبر عليها في متحد الجنس في المثليات
فقط عند طلب احدهم يعني ان المبادلة لما كانت غالبة في القيميات ان

كالحيوانات والعروض كان ينبغي ان لا يجبر على القسمة فيها لكن يجبر
عليها لما فيها من معنى الافراز فان احدهم بطلبه القسمة يسال القاضي
ان يخصه في الانتفاع بنصيبه ويمنع الاخر عن الانتفاع بملكه فيجب
على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها
لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا جاز لان الحق
لهم ويستحب نصب قاسم يرزق من بيت المال لان الاصح ان القسمة
من جنس عمل القضا لتمام قطع المنازعة بها فاشبه رزق القاضي وصح
نصبه باجر على عدد الرؤس اي روس المتقاسمين عند الامام لان النفع
لهم على الخصوص وعندهما على قدر الانصبا لانه مونة الملك فيتقدر بقدر
وله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر
الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز ثم
ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين فان باشر القاضي بنفسه القسمة
فعلى رواية كون القسمة من جنس عمل القضا لا يجوز له اخذ الاجر وعلى
رواية عدم كونها منه جاز ويجب كونه عدلا عالما بها اي بالقسمة لانه ان كان
من جنس عمل القضا فلا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهي
بالعدالة ولا يعين واحد لها اذ لو تعين حكم بالزيادة على اجر مثله ولا يشترك
القسام لئلا يتواضعوا على مغالات الاجر فيودي الى الاضرار بالناس وصحت
برضا الشركا الولاية لهم على انفسهم واموالهم الا عند صغر احدهم فحينئذ
لا تصح بل يحتاج الى امر القاضي لقصور ولايتهم عنه قسم نقليا ادعوا ارثه
وعقارا ادعوا شراه او ملكه مطلقا ولو ادعوا ارثه عن زيد لا اي
لا يقسم حتى يبرهنوا على موته وعدد ورثته لاختلاف الاولين وفي هذا

خلاف

خلاف للاملمين لهما انه في يدهما وهو دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع
لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى والبينة لا تفيد
لانها على المنكر لكنه يذكر في صك القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم
ولا يكون قضاء على شريك اخر لهم ولان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي
وقول الشركا ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها القضا
على الميت فان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه
في الزوايد كالاولاد ملكه وارباحه حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه
وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث
بعده من الزوايد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد من البينة
ويصير بعضهم حينئذ مدعيا والبعض خصما وان كان مقرا ولا ان برهنا
انه اي العقار معهما حتى يبرهنا انه لهما يعني اذا ادعوا الملك في العقار
ولم يذكروا كيف انتقل اليهم لم يقسمها حتى يقيما البينة انه لهما لاحتمال
ان يكون لغيرهما ثم قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول
الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان لحق الملك تمليكا للمنفعة ولحق
اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول ههنا لعدم الملك وكذا الثاني للاستغنا
عنه لانه محفوظ بنفسه كذا في الكافي برهنا على الموت وعدد الورثة
وهو اي العقار معهم وفيهم صغير او غايب قسم ونصب قابض لهما
وهو وصي من الطفل ووكيل عن الغايب لان هذه النصب نظرا للغايب
والصغير ولا بد من اقامة البينة على اصل الميراث في هذه الصورة
عنده ايضا بل اولى لان هذه القسمة قضا على الغايب والصغير بقو
لهم وعندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغايب والصغير ويشهد

عن الميت

انه قسمها بينهم باقرار الكبار والحضور و وان الغايب او الصغير على حجته
وان برهن واحد من الورثة او شروا اي الشركا وغاب احدهم او كان اي العقار
مع الوارث الصغير او الغايب او كان معه شي منه اي من العقار لا اي لا تجوز القسمة
اما الاول وهو عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس معه خصم وهو
ان كان خصما عن نفسه فليس احد خصما عن الميت وعن الغايب وان كان خصما
عنهما فليس احد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر
من الورثة اثنين حيث تكون القسمة قضا بحضرة المتخاصمين ولما الثاني
وهو عدم جواز القسمة اذا شروا وغاب احدهم فالفرق بين الارث والشرا ان ملك
الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بايع المورث ويرد عليه بالعيب
ويصير مغرورا بشرا المورث حتى لو وطي امة اشتراها مورثه فولدت
فاستحقت يرجع الوارث على بايع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من
جهته فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه
فصارت القسمة قضا بحضرة المتقاسمين واما الملك الثابت بالشرا
لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره بنفسه ولهذا لا يرد بالعيب
على بايع بايعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب فحينئذ يكون البينة في حق
الغايب قايمة بلا خصم فلا تقبل ولما الثالث وهو عدم جواز القسمة اذا كان
العقار مع الوارث الصغير الحاضر باخراج شي مما كان في يده عن يده بلا خصم
حاضر عنهما وقسم بطلب احدهم ان انتفع كل بحصته وبطلب ذي الكثير
فقط ان لم ينتفع الاخر لقلة حصته يعني اذا انتفع كل من الشركا بنصيبه
قسم بطلب احدهم لان في القسمة تكميل المنفعة فكانت حقا لازما فيما يحتملها
اذا طلب احدهم واذا انتفع احدهم بنصيبه اذا قسم وتضرر الاخر لقلة نصيبه فان

طلب

صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر الخصاف وذكر الجصاص عكسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى وقال في الكافي ما ذكره الخصاف اصح وفي الذخيرة وعليه الفتوى لان ابو لا يقسم ان تضرر كل للقلة الا بطلبهم لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضعها بالنقض ويجوز بالتراضي لان الحق لهم ولا الجنسين بالتداخل يعني لا يقسم الجنسين بادخال بعضه في بعض هذا في مقابلة ذلك اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فتعتمد التراضي دون الجبر ولان ولاية اجبار القاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة ولا الرقيق يعني اذا كان الرقيق وهو العبد والاماء بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شي اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم لشي تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا واناثا لم يقسم الا برضا بهما وان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم القاضي بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقالا يجبرهما عليها لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة ونحوهما فلا يكون ذلك قسمة وافرازا بخلاف ساير الحيوانات فان التفاوت فيما يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن ساير الحيوانات جنس واحد ولا الجواهر قيل اذا اختلف الجنس كاللالي واليواقيت لا يقسم

بان اعطى احدهم المتفاسمين بعيرا والاخر شاتين مثلا عاجلا بعض صح

لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معني القسمة وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم
الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب
يجري على اطلاقه لان جهالة الجواهر فحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج
علي لولوة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح التسمية ولو تزوج او خالع على
عبد يصح فاولي ان لا يجبر على القسمة والا الحمام والبير والرحي الا برضاهم وكذا
الحايط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يكن كل نصيب
منتفعا به انتفاعا مقصودا لا يتحقق معني القسمة فلا يقسم القاضي بخلاف
التراضي لالتزامهم الضرر دور مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت يقسم
كل وحده ههنا امور ثلاثة الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة
كانت او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت
تقسم مطلقا لتقاربها في معني السكني والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة
متلاصقة بعضها ببعض قسمة قسمة واحدة والا فلا لان المنزل فوق البيت
ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت
متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الي اعدل الوجوه ويمضي بها
على ذلك واما الدور والضيعة والدار والحانوت فيقسم كل منهما وحده لا
ختلاف الجنس ثم لما فرغ عن بيان القسمة وبيان ما القسمة وبيان ما يقسم
وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فقال ويصور القاسم ما يقسمه اي
ينبغي للقاسم ان يصور ما يقسم على القرطاس ليمكنه حفظه ويعدله اي يسويه
على سهام القسمة ويذرعه ليعرف قدره ويقوم بناءه اذ ربما يحتاج اليه بالاخرة ويفرز
كل قسم اي يميزه عن الباقي بطريقه وشربه لئلا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الاخر
فيتحقق معني التمييز والافراز على الكمال فاذا كان اي ما يقسم ستة اسهم ويلقب

بين جماعة لهم سدس وثلث
ونصف مثلا يجعله اي يجعل ما
يقسم ح

٥٧٩

الاول بالسهم الاول وما يليه بالثاني والثالث الي السادس ويكتب اساميهم ويجعلها
قرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول وان كان صاحب السدس اخذه
وان كان صاحب الثلث اخذه وما يليه وان كان صاحب النصف اخذه والذين
يليانه ولا يدخل دراهم ليست من التركة في القسمة الا برضاهم صورته دار بين جماعة
فاراد واقسمتها وفي احد الجانبين فضل بنا فاراد احد الشركا ان يكون عوض البنا
دراهم والاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البنا من الارض ولا يكلف
الذي وقع البنا في نصيبه ان يرد بازا البنا من الدراهم الا اذا تعذر فحينيذ
للقاضي ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في
الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك فان وقع مسيل قسم هذا
مرتبط بقوله ويفرز كل قسم بطريقه وشربه وما بينهما من متممات الاول
او طريقه في قسم الاخر بلا شرط فيها اي في القسمة صرف اي المسيل او الطريق
عنه الي القسم الاول ان امكن ليحصل معني القسمة وهو قطع الشركة وتكميل
النفعة بلا ضرورة والا فسخت اي القسمة لان المقصود وهو ما ذكرنا لم
يحصل فيفسخ ويستانف علي وجه يمكن لكل منهما ان يجعل مسيلا او طريقا
جاز شهادة القاسمين عند اختلاف المتقاسمين في القسمة عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي لا يجوز لانها شهادة علي فعل
نفسهما ولهما انها شهادة علي فعل غيرهما باستيفاء حقهما سفل ذو اعلو
وسفل وعلو مجردان عن العلو والسفل قوم كل وحده وقسم بها اي بالقيمة
لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبير والسرداب والاصطبل وغير ذلك
فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة اقر احد المتقاسمين بالاستيفا
ثم ادعي الغلط في القسمة وزعم ان بعضا مما اصابه في يد صاحبه وقد كان اشهد

على نفسه بالاستيفا لا يصدق الا بحجة لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد لزوم سبب ظهور العقد فلا يقبل الا بحجة فان لم توجد استحلف الشركا لانهم لو اقروا الزمهم واذا انكروا حلفوا عليه لرجا النكول فمن حلف منهم تخلص ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم فيهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره قالوا ينبغي ان لا تسمع دعواه اصلا للتناقض واجيب بان القاسم امين وهو على قوله فاقر بشرط تامل حق التامل فظهر الغلط في فعله فلا يواخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق وان قال اي احد الشريكين قبضته يعني نصيبه فاخذ شريكي بعضه وانكر اي شريكه حلف لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول للمنكر مع اليمين وان قال قبل اقراره بالاستيفا اصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه الي تحالفا وفسخت اي القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع كما ذكر في احكام التحالف في الدعوي ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوي الغبن ولا اعتبار به في البيع فكذا القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضا القاضي والغبن لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كلا طايفة فادعي احدهما بيتا في يد الاخر انه من نصيبه وانكر الاخر فعليه البينة لانه يدعي عليه حقا وهو منكر وان قاماها فالعبرة لبينة المدعي لانه خارج ان استحق بعض شايع في الكل تفسخ اي القسمة اتفاقا وفي استحقاق بعض شايع من نصيبه لا تفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله اي لا تنفسخ لكن له ولاية الفسخ بل يرجع في نصيب شريكه خلافا لابي يوسف فانه يقول تنتقض القسمة

٥٨١

وقف لله تعالى

ومابقي في ايديهما يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع
ابي حنيفة كذا في الكافي ظهر دين في التركة المقسومة تفسخ اي القسمة الا
اذا قضوه اي الورثة الدين او ابرا الغرماء ذمم الورثة او بقي منها مابقي به
بالدين يعني اذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوه
فان قضوا صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع
الملك لهم فيها الا اذا اقضوا الدين او ابرا الغرماء ذممهم فحينئذ تصح القسمة لزوال
المانع فكذا اذا لم يكن محيطا لتعلق حق الغرما بها الا اذا ابقي منها مابقي من الدين
فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج اليه ولو ظهر غبن فاحش في القسمة بالقضا
تبطل عند الكل لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي
اراد ان يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن
ولا عبرة به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره
في الكافي ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح اذا اقام البينة لم ان ينقض
القسمة ولم يكن قسمته ابراء من الدين لان القسمة تصادف الصورة وحق
الغريم يتعلق بالمعنى ولو ادعى عينا لا اي لا تصح لوجود التناقض اذ الاقدام على
القسمة اقرار منه بان المقسوم مشترك وصحت المهاياة وهي لغة مفاعلة
من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشي والتهايئ تفاعل منها وهي ان يتواضعوا
على امر فيتراضوا به وحقيقته لان كلا منهم رضي بهيئة واحدة ويختارها
وشرعا قسمة المنافع القياس ان لا يجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها
لكونها جازت بالاجماع في سكون هذا بعضا من دار وذاك بعضا او سكنا
هذا علوها وذاك سفلها وفي خدمة عبد بان يخدم العبد هذا الشريك
يوما وذاك الشريك يوما كسكني بيت صغير بان يسكنه هذا الشريك يوما

وذاك يوما وخدمة عبدين بان يخدم زيد اهذا العبد ويخدم بكر العبد الاخر
اذا كانت المهاياة في المكان كانت افرازا من كل وجه ولهذا لا يشترط فيها التاقيت وجاز
لكل منهما ان يستعمل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لا لحدوث
المنافع على ملكه ولا كذلك العارية وفي المهاياه في الزمان افراز من وجه ويجعل والاجارة ع
كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى
الافراز يتحقق في المهاياه في المكان دون الزمان وكذا التهايؤ في الزمان في عبد
واحد لانها متعينة فيه لتعذر التهايي في المكان والبيت الصغير كالعبد
لا في غلة عبد او عبدين او غلة بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة
شجرة او لبن شاة اي لا يجوز المهاياه في هذه الاشيا اما في عبد واحد او بغل
واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفا فالظاهر التغير في الحيوان
فيفوت العادلة بخلاف المهاياه في استغلال دار واحدة حيث يجوز
في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا واما في عبدين او بغلين
فلان التهايي في الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة في الغلة
لانها تقسم واما في ركوب بغل او بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين
فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه واما في ثمرة شجرة او لبن شاة ونحوه
فلان التهايي مختص بالمنافع فلا يوجد في الاعيان والضرورة تتحقق في
المنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها كسرعة فنائها بخلاف الاعيان

كتاب الوصايا

وجه ايراد هذا الكتاب في اخر الكتاب
ظاهر لان اخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت
الموت وله زيادة اختصاص بكتاب القسمة لان القسمة بين الورثة
تكون بعد الموت والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي به الموصى به والايصا لغة

طلب شي من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته وشرعا يستعمل
تارة باللام يقال اوصي فلان لفلان بكذا بمعني ملكه له بعد موته ويستعمل
اخري بالي يقال اوصي فلان الي فلان بمعني جعله وصيا له يتصرف في ماله
واطفاله بعد موته والقوم لم يتعرضوا للفرق بينهما وبيان كل منهما بالاستقلال
بل ذكروهما في اثنا تقرير المسايل وقد بين ههنا كل منهما بانفراده ولما امتنع تعريف
اللفظ المشترك بين المعنيين بمفهوم واحد عرف كلا منهما بادخال او القسمة
بينهما فقال الايصا جعل الغير مالكا لماله بعد موته او تفويض التصرف
في ماله ومصالح اطفاله الي غيره بعد موته فههنا بابان لبيان المعنيين
الاول في بيان الوصية بالمال ونحوه وهو المنفعة فان الوصية قد تكون
بالمنفعة كما سياتي وركنها قوله اوصيت بكذا لفلان ونحوه من الالفاظ المستعملة
فيها وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك فلا تجوز من المملوك ولو مكاتبا والصغير
والمجنون وعدم استغراقه بالدين لانه مقدم علي الوصية كما سياتي وكون
الموصي له حيا وقتها اذ لو كان ميتا لبطلت الوصية وكونه غير وارث
ولا قاتل كما سياتي من عدم جواز الوصية للوارث والقاتل وكون الموصي به
قابلا للتمليك بعد موت الموصي له لا اقامة الموصي اياه مقام نفسه حتي
وجب الاستبرا عليه للجارية الموصي بها جازت بالثلث للاجنبي وان لم يجز
الوارث لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالي تصدق عليكم بثلث اموالكم
في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شيتم وعليه الاجماع ويعتبر
كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانها تمليك مضاف
الي ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتي اذا اوصي لاخيه وهو وارث ثم
ولد له ابن صحت الوصية للاخ ولو عكس بان اوصي لاخيه وله ابن ثم مات

الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية تعلق للاخ لما ذكرنا لا الزيادة عليه اي على
الثلث لان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب زواله اليهم وهو
استغناوه عن المال لكن الشرع جوزه في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره كما مر ولم يجوزه في حق الورثة لئلا يتاذى بعضهم بايثار البعض
الا ان يجيز ورثته بعده اي بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم
وهم اسقطوه ولا يعتبر اجازتهم حال حياته لانها قبل ثبوت الحق لان
ثبوته عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت
لان بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط لا يعود
وندب باقل منه اي من الثلث عند غنى ورثته او استغنايهم بحصتهم
لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاول اولى اذ يبتغي بها
رضى الله تعالى ولولاهما اي لولا غناهم ولا استغناهم بحصتهم فالترك اولى لان ترك
الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبي فالاول
اولى لقوله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح كثر كما مع
احدهما اي ان لم يكن الورثة اغنيا او لا يستغنون بحصتهم من التركة فترك
الوصية اولى ووجبت عليه التدارك بعد مماته تخلية لذمته وتوخر اي الوصية
بالكل اي بكل ماله عند عدم ورثته لان المانع من الصحة تعلق حق الورثة
فاذا انتفى انتفى وصحت لمملوكه بثلث ماله في الخلاصة الوصية للعبد بعين
من اعيان ماله لا تصح اما لو اوصى بثلث ماله مطلقا تصح وتكون وصية بالعتق
فان خرج من الثلث قيمة العبد عتق كله بغير سعاية وان خرج بعضه
عتق وسعى في بقية قيمته ولو اوصى له بشي من الدراهم او الدنانير المرسلة
قال الامام النسفي الاصح لانه لا يصح كالوصية بالعين وقال في المنية

ووجبت اذا كان عليه حق الله تعالى كالزكاة والحج لانه لما قصر فيه في حياته صح

الا ان يجيزه ... الامام ... الحاجات ... ماله ... الاوصى ... الوصية صح

٥٨٥

لو اوصى لعبده القن او لامته القنة جازت الوصية وهذا مخالف لما ثم مات
في الخلاصة فاما ان يقيد هذا بما سوى العين او يطلق ويحمل على غير الصحيح
وفي الخانية لو اوصى لمكاتبه او لام ولد نفسه او لمدبر نفسه جاز الكل
استحسانا ولو اوصى لعبده القن او لامته القنة ثم مات جازت
الوصية في كلهم الا ان عند ابي حنيفة في الوصية للقن يعتق ثلثه
مجانا وعليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله من سائر التركة فتقاصان ويترادان
الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد وتصرف الوصية اولا الى العتق فان
فضل من الثلث شي كان الفضل للعبد وصحت للحمل بان يقول اوصيت لحمل
فلانة لذا دلاهما وبه اي بالحمل ايضا بان يقول اوصيت بحمل جاريتي هذه لفلان فان
الوصيتين تصحان لان الوصية اخت الميراث والارث يجري في الصورتين
فتصح الوصية ايضا لكن الثانية انما تصح ان ولد اي الحمل لاقل من ستة
اشهر من وقتها اي وقت الوصية فان صحة وصية الحمل موقوفة على
وجوده وانما يتيقن بوجوده اذا ولد في هذه المدة وبالامة الا حملها
فانها ايضا تصح لان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناوه
وما لا فلا كما مر في البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناوه ومن
المسلم للذمي وبالعكس فاولى لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في
الدين الاية والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات حتى جاز
التبرع من الجانبين في الحياة فكذا في الممات لا لحربي في داره في الجامع
الصغير الوصية لحربي وهو في دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا
عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل

٥٨٦

وان فعل جاز كذا في الكافي والنهاية اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه في الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان الحربي مادام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد بما ذكر في السير الكبير ولا لوارثه لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية [illegible] لوارث وقاتله مباشرة سوا كان عامدا او خاطيا لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية للقاتل ولانه قصد الاستعجال لفعل محظور فعوقب بالحرمان عن مقصوده وهو الارث وقوله مباشرة احتراز عن السبب كوضع الحجر في غير ملكه الا باجازة ورثته وهم كبار الاستثنا متعلق بالمسئلتين او بكون القاتل صبيا ذكره في الاسرار ولا من صبي مميز لانه تبرع وهو ليس من اهله الا في تجهيزه وامر دفنه فانه يجوز عندنا استحسانا حتى اذا لم يكن مميزا لم يجز اصلا وان وصية مات بعد الادراك متعلق بقوله ولا من صبي مميز يعني اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم يجز لعدم الاهلية وقت المباشرة او اضافها اليه بان قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية فلانه لا يجوز لقصور الولاية فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما مر في الطلاق والعتاق ولا من عبد لانه ليس من اهل التبرع ومكاتب وان ترك وفا لانه ليس من اهل التبرع وقيل عندهما يصح في صورة ترك الوفا الا اذا اضافها اي اضاف العبد والمكاتب الوصية الى العتق فحينئذ يصح في صورة ترك الوفا لان اهليتهما كاملة تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال اسقاطه ولا من معتقل اللسان بالاشارة اعلم ان ايما الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشرا وقود والفرق ان الاشارة معهودة كان بمنزلة الاخرس وقدر الامتداد

وهو لا ارث جواب الوصية

انما تقوم مقام العبارة اذا كانت معهودة وذلك في الاخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة صح

بسمعة

٥٨٧

بسنة وقيل ان دامت العقلة الي الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد
عليه لانه عجز عن التعلق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه
الفتوي ذكره الزيلعي فقبولها بعد موته اي قبول الوصية لا يعتبر الا بعد
موت الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت فيبطل قبولها وردها
قبله اي قبل الموت كما اذا قال لامراته انت طالق غدا علي درهم
فان ردها وقبولها باطل قبل الغد كما مر وبه اي بالقبول
يملك اي الموصي به ولا يملك قبله لان الوصية اثبات ملك
جديد ولهذا لا يرد الموصي له بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك
لغيره بلا اختياره بخلاف الميراث فانه خلافة حتي تثبت فيه
هذه الاحكام جبرا من الشارع بلا قبول لولايته عليه الا اذا
مات موصيه ثم هو اي الموصي له بلا قبول فهو اي الموصي به لورثته
اي ورثة الموصي له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما ذكر
ان الملك موقوف علي القبول فصار كمشتر مات قبل قبوله بعد
ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي
قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت
لحق الموصي له فاذا مات دخل في ملكه كما في بيع شرط فيه الخيار
للمشتري اذا مات قبل الاجازة وله اي يجوز للموصي الرجوع عنها
اي الوصية بقول صريح نحو رجعت عما اوصيت لانه تبرع لم يتم
فصار كالهبة وفعل يقطع حق المالك عن المغصوب كقطع الثوب
وخياطته او يزيد في الموصي به ما يمنع تسليمه بدونه كالبناء او يزيل
ملكه كالبيع فان كل تصرف اوجب زوال ملك الموصي كان رجوعا

كما اذا باع الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فان الوصية لا تنفذ الا
في ملكه فاذا زال عنه كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه
للصرف الى حاجته عادة فصار بهذا المعنى اصلا ايضا بخلاف غسل
ثوب اوصى به فانه لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره
يغسله عادة وكان تقريرا الجحود ليس برجوع لان الرجوع اثبات
في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي نفي في الحال فبينهما تناف
ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة كذا كل وصية اوصيت بها فحرام
او ربا فانه ايضا ليس برجوع لان وصف الحرمة والربوية يقتضي
بقاء الاصل فلا يتحقق الرجوع وقوله كل وصية اوصيت بها اخرتها
بخلاف تركتها فان الاول ليس برجوع والثاني رجوع لان ترك الشي
اسقاط والتاخير ليس باسقاط فان الدائن اذا قال لمديونه تركت
لك دينك كان ابراء له ولو قال اخرت عنك لا يكون ابرا كذا في
المحيط وبخلاف كل وصية اوصيتها فهي باطلة فانه ايضا رجوع لان
الباطل ذاهب متلاش لا اصل له او الذي اوصيت به لزيد فهو لعمرو
او لفلان وارثي فان كلا منهما يكون رجوعا لان اللفظ يدل على قطع
الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول ثم للورثة بالخيار
ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ايضا فانه
لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون العبد
مشتركا بينهما ولو كان فلان ميتا وقتها فالاولى من الوصيتين بحالها
لان بطلان الاول من ضرورات الاثبات للثاني فاذا لم يثبت له فهو
للاول ولو كان فلان حيا وقتها ثم مات قبل الموصي فهي لورثة الموصي

لبطلان

لبطلان الوصيتين لانه لما اثبت للثاني كان رجوعا عن الاول فبطلت
في حق الاول وصحت في حق الثاني ثم بطلت بموته قبل موت الموصي
تبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدهما اي بعد الوصيه
والهبة الاصل في هذا الفصل ان كون الموصى له وارثا او غير وارث
لجواز الوصية وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصيه
وفي الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار لجوازه
وفساده فان اوصى المريض لامراة بشي او وهب لها اشياء ثم تزوجها
ثم مات بطلت الوصيه والهبه اما الوصية فلانها ايجاب مضاف
الى ما بعد الموت وهي وارثة ح والوصيه للوارثة باطله واما
الهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضافة الى ما بعد الموت
حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يتقرر حكمه عند
الموت بخلاف اقراره فان المريض اذا اقر لامراة بدين ثم تزوجها
ثم مات جاز اقراره لما مر ان المعتبر فيه كون المقر له وارثا او غير وارث
يوم الاقرار وهي اجنبية فيه وتبطل وصيته وهبته واقراره
لابنه كافرا او عبدا او مكاتبا ان اسلم او اعتق بعد ذلك اي بعد
الوصية والهبة وغيرها اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر
فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن
سبب الارث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا
المقعد وهو العاجز عن المشي لداء في رجليه والمفلوج الفلج داء يعرض
نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية والاشل وهو
الذي في يده ارتعاش وحركة والمسلول وهو الذي يكون له علة

وان كان الابن عبدا ان كان عليه دين لا يصح اقراره
لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل
[illegible]

وهو البنوة قائم وقت
فيورث م

السل وهو قرح يكون في الرئة ان طالت مدته سنة كالصحيح والا فكالمريض يعني ان هذه امراض مزمنة فمن عرض له واحد منها وتصرف بشيء من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فيعتبر تصرفاته من الثلث وان مات بعد تمامها لم يكن مرض الموت لانه اذا استمر في الفصول التي كل منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لا يشتغل بالتداوي اجتمع الوصايا وكان بعضها فرضا وبعضها نفلا وضاق الثلث فعن الفرض والنفل قدم الفرض سوا قدمه الموصي او اخره كالحج والزكاة والكفارات لان الاصل ان يقدم الاهم فان تساوت في القوة قدم ما قدم اي الموصي في الذكر لان الظاهر من حال الانسان ان يبدا بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديم ما بدا به لزمنا تقدمه كذا هنا اوصى بحج احج عنه راكبا من بلده ان كفي نفقته لان الواجب الحج عنه من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لادا ما كان واجبا عليه ويحج راكبا اذ لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه والا اي وان لم يكف فمن حيث يكفي والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن مات حاج في طريقه واوصى به اي بالحج يحج عنه كذلك اي من بلده ان كفى نفقته والا فمن حيث يكفي وقالا وهو قول زفر يحج عنه من حيث يبلغ وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع

ذكره الزيلعي

ذكره الزيلعي اوصى بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه
بما بقي من حيث يبلغ استحسانا وان لم يهلك شي احج بها فان بقي
منها شي رد على الوارث لان التركة حق الورثة الا ما اشتغل بحق الوصية
بخلاف الوصية باعتاق عبد عنه اي بهذه المائة فهلك منها درهم حيث
لم يعتق بالباقي لان الوصية اذا وجبت لمستحق لم يصح تنفيذها لغيره
وهنا اوصى بالعتق لعبد يشترى بما سمى فلم يصح تنفيذها في عبد يشترى
باقل منه لانه غير الاول فكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وكذا
لا يجوز اذا اوصى بان يشترى بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم يجز الورثة
بطلت لما مر ان العبد المشترى بالكل مغاير لما يشترى بالثلث كذا
اذا اوصى بان يشترى له عبد بالف درهم وزاد الالف على الثلث لم يجز
للتغاير بينهما ايضا

باب الوصية بالثلث

اوصى له
بثلثه ولاخر بثلثه فان اجاز الورثة فلهما الثلثان ولهم الثلث وان
لم يجيزوا اي الورثة فالثلث بينهما نصفين لانهما استويا في سبب
الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما
فيكون بينهما ولو اوصى له بثلثه ولاخر بكله ولم يجيزوا فكذا عند ابي ح
اي الثلث ينصف بينهما وعندهما يربع اي يجعل اربعة اسهم ثلاثة
للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث لا الزائد على الثلث انما يبطل
بمعنى ان الموصى له لا يستحقه حقا على الوارث لكن يعتبر في ان الموصى له
ياخذ من الثلث بحصة ذلك الزايد اذ لا موجب لابطال هذا المعنى
فمخرج الثلث ثلاثة فالثلث واحد والكل ثلاثة صارت اربعة فيقسم
الثلث بهذه السهام ولو له بثلثه ولاخر بنصفه ولم يجيزوا فالثلث

بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة اسهم سهمان لصاحب
الثلث لانه يجعل كل سدس سهما وثلاثة اسهم لصاحب النصف
لانه الحاصل بالضرب ولو له بالثلث ولاخر بالسدس فالثلث بينهما
اثلاثا عندهم بلاخلاف وهذا الخلاف مبني على خلاف معروف بينهم ذكره
بقوله ولا يضرب ابو ح رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث قال
في العناية اي لا يجعل من ضرب من ماله سهما اي جعل ومفعول
لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وقال صدر الشريعة
المراد بالضرب الضرب المصطلح عليه بين الحساب فاذا اوصى بالثلث
والكل فعند ابي ح سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب
النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث
وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة
والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع في ثلث المال فالربع
في الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الاربعة وهي
ثلاثة ارباع الثلث فيضرب ثلاثة الارباع في الثلث يعني ثلاثة
ارباع الثلث ولصاحب الثلث واحد من الاربعة فيضرب الواحد
في الثلث وهو الربع يعني ربع الثلث الا في المحاباة صورتها
عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر الف وستمائة واوصى ان يباع احدهما بمائة
فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللاخر بالف وخمسمائة والكل
وصية لكونه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم يجز الورثة
جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له
بالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب

بيان الحاصل

صح

وصيته

٥٩٣

وصيته وهي خمسماية فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي ح
وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف باكثر من خمسماية والعناية
صورتهما ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف والاخر الفان
ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا
من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف
للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى
في الباقي والدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما
صورتهما ان يوصي لرجل بالفين ولاخر بالف وثلث ماله الف ولم
تجز الورثة فانه يكون بينهما في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون
له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث ووجه فرق الامام بين
هذه الصور الثلاث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما
زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما والشرع ابطل
الوصية في الزائد لكون ذكره لغوا فلا يعتبر في حق الضرب بخلاف
ما اذا لم يكن مقدرة حيث لا يكون في العبارة ما يكون مبطلا للوصية
كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية
غير باطلة بالكلية تكون معتبرة في حق الضرب ولو اوصى بنصيب ابنه
بطل لان الوصية بما هو حق للابن لا يصح لغيره ولو اوصى بمثله
اي مثل نصيب ابنه لا اي لا تبطل اذ لا مانع منه ولو اوصى بسهم
او جزء اي لو قال اوصيت بسهم من مالي او جزء منه لزيد بين وارثه
اي يقال للوارث اعط ما شئت لانه مجهول والجهالة لا تمنع
صحة الوصية فالبيان الى الوارث هذا ما اختاره المشايخ بناء على

اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته صح

العرف ان السهم كالجزء واما اصل الرواية فبخلافه وهو المذكور في
الوقاية ولو اوصى بسدس ماله ثم بثلثه فاجيز له ثلثه اي يكون
السدس داخلا في الثلث قال صدر الشريعة فان قلت قوله
ثلث مالي له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون
له النصف عند اجازة الورثة وان كان في السدس اخبارا وفي الثلث
انشاء فهذا ممتنع ايضا اورد هذا السؤال ولم يجب عنه اقول
وبالله التوفيق نختار انه انشاء وانما يجب له النصف عند الاجازة
لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث
في كلامه شايع وضم الشايع الى الشايع لا يفيد ازديادا في المقدار
بل يتعين الاكثر متقدما كان او موخرا ولهذا قال الجمهور في تعليله
لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا في الشايع
وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة في العدد فلا
يتناول اكثر من الثلث وفايدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول
اللفظ والا كان برا مستانفا لا اجازة ويقرب من هذا قول اهل
المعقول ان ضم الكلي الى الكلي لا يفيد الجزئية وفي سدس مالي
مكررا له السدس يعني اذا قال سدس مالي له ثم قال في ذلك
المجلس او في مجلس اخر سدس مالي له كان له سدس واحد لان
المعرفة اعيدت معرفة وبثلث دراهمه او غنمه وهلك
ثلثاه له ما بقي يعني اذا اوصى بثلث دراهمه او ثلث غنمه فهلك
ثلثا كل منهما وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فللموصى
له جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك

بين الورثة

بين الورثه والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركه
ويبقى ما بقى منه عليهما وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة
ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا
يجري فيه الجبر على القسمة فاذا امكن الجمع جمع حق الموصى له
فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصي جعل حاجته في
هذا العين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق
الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل
على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع كما
في مال الزكوة حيث يصرف الهالك الى العفو اولا ثم الى
نصاب يليه ثم وثم ولو اوصى بثلث رقيقه او ثيابه مختلفة
او دور فله اي للموصى له ثلث ما بقي لان الظاهر منها التفاوت
بين افرادها فتكون اجناسا مختلفة فلا يمكن جمع حق احدهم
في الواحد ولو اوصى بالف وله اي للموصي نقد ودين على الغير
من جنس الالف هو اي الالف الموصى به نقد ان خرج اي الالف
من ثلثه اي من ثلث النقد لامكان ايفا كل ذي حق حقه بلا
بخس فيصار اليه والا فثلث النقد وثلث الماخوذ من الدين
يعني كلما خرج شي من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف
لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين
بخس في حق الورثة لان العين اولى من الدين ولو اوصى بثلثه
لزيد وبكر الميت كان لزيد مطلقا اي سواء علم موت بكر او لا لان
الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا

اوصي لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم الموصي موته فله
نصف الثلث لان الوصية صحيحة عنده لبكر فلم يرض للحي الا بنصف
الثلث بخلاف ما اذا علم موته لان الوصية لبكر لغو فكان راضيا
بكل الثلث لزيد كذا لو اوصي له اي لزيد ولمن كان في هذا البيت
ولا احد فيه كان الثلث لزيد لان المعدوم لا يستحق مالا
او اوصي له اي لزيد ولعقبه كان الثلث لزيد لان العقب من
يعقبه بعد موته فيكون معدوما في الحال او له اي لزيد ولولد
بكر فمات ولده قبل موت الموصي او له ولعقبه او لولده او من افتقر
من ولده وفات شرطه عند موت الموصي فالثلث كله لزيد
في هذه الصور لان المعدوم او الميت لا يستحق شيا فلا يثبت
المزاحمة لزيد فصار كما اذا اوصي لزيد وجدار فان قال ثلث
مالي بينهما اي بين زيد وبكر وبكر ميت فنصفه اي نصف
الثلث لزيد لان مقتضي هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف
الثلث او اوصي لزيد مثلا بثلثه وهو اي الموصي فقير له اي
للموصي له ثلث ماله اي الموصي عند موته لان الوصية عقد
استخلاف مضاف الي ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده
فيشترط وجود الملك عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال
فهلك ثم اكتسب ولو اوصي بثلث غنمه ولا غنم له او هلك
قبل موته بطل اي الايصا لما ذكر انه ايجاب بعد الموت فيعتبر
قيامه فان هذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته
عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان

الوصية

٥٩٧

الوصية تصح كذا بشاة من غنمي ولا غنم له فان الوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علم ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم وفي قوله اوصيت بشاة من مالي له قيمتها من ماله لانه لما قال من مالي دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة ولو اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقرا والمساكين لهن اي لامهات اولاده ثلاثة اخماس من الثلث ولهما اي للفقرا (هذا عندهما وعند محمد يقسم الثلث على سبعة اسهم ثلاثة منها لامهات الاولاد لان المذكور في الفقرا والمساكين لفظ الجمع واقله في الميراث اثنان والوصية اخت الميراث ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس ويبطل الجمعية كقوله تعالى لا تحل لك النسا فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلاثة منها ولو اوصى بثلثه لزيد وللفقرا نصف بينهم عندهما وعند محمد يقسم اثلاثا بينهم ولو اوصى بماية لزيد وماية لبكر او اوصى بهما اي بماية لزيد وخمسين لبكر ان اشرك آخر معهما اي قال لآخر اشركتك معهما فلذلك لذلك الآخر ثلث كل ماية في الاول لان نصيب زيد وبكر متساويان فيه وقد اشرك آخر معهما فيكون شريكا لكل منهما فله ثلث مال كل منهما وهو ثلث الماية ونصف مال كل منهما في الثاني لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان وفي له على دين فصدقوه صدق الى الثلث يعني اذا قال المريض مخاطبا الورثة ان على

والمساكين الباقيان من الثلاثة الاخماس بالمناصفة

دين فصدقوه فيما قال صدق فلان الي الثلث والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان علي دين اقرار بالمجهول وهو وان كان صحيحا لكن لا يحكم به الا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه علي ماله بما اوصي وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصي له ابتدا فيصح تسليطه ايضا بلا اقرار له بدين مجهول والمواقد يحتاج الي ذلك بان يعرف اصل الحق ولا يعرف قدره فيسعي في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الي الموصي له فلهذا يصدق في الثلث لا الزيادة فان اوصي بالثلث معه اي مع المقر له الا وله بلا رجوع عنه عزل اي الثلث لهما اي للمعزول له والموصي له والباقي وهو الثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيتقدم عزل المعلوم فيقال اي بعد ما عزل يقال لكل من اصحاب الوصايا والورثة صدقوه فيما شيتم وما بقي من الثلث فلاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وفي العزل فايدة اخري وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد والج وربما يختلفون في الفصل اذا ادعاه الخصم فاذا عزلناه علمنا ان في التركة دينا شايعا في كل التركة فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه واذا بينوا شيا يوخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا به والباقي لهم ويوخذ الورثة بثلثي ما اقروا به لينفذ اقرار كل فريق في مقدار حقه ويحلف كل اي كل فريق منهم علي العلم في دعوي الزيادة اي اذا ادعي المقر له زيادة علي ذلك لانه

يحلف

يحلف على ما جرى بينه وبين غيره وفي الف لوارث واجنبي له نصفه
وخاب الوارث يعني اذا اوصى لوارثه ولاجنبي فللاجنبي نصف الوصية
وتبطل وصيته للوارث لانه اوصى بما يملك ايصاله وبما لا يملك فصح
في الاول لا الثاني وفي الحي والميت الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح ان يكون مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح
باجازة الوارث لكنه حرم لعارض وبثلاثة اثواب متفاوتة بكل لرجل
ان ضاع ثوب ولم يدر اي هو والورثة يقولون لكل ثوبك حقك بطلت
يعني اذا كان له ثلاثة اثواب جيد وردي ايما هو والورثة تقول لكل
واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد ضاع فكان المستحق مجهولا
وجهالته تمنع صحة القضا وتحصيل المقصود فبطلت الوصية كما
لو اوصى لاحد هذين الرجلين الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين
فان سلموا الباقيين زال المانع وهو الجحود وصحت الوصية اخذوا
الجيد ثلثي الجيد وذو الردي ثلثي الردي وذو الوسط ثلث كل من الجيد
والردي لان الثوبين انما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو ان
ياخذ كل واحد منهم ثلثي الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد
اذ لا حق له في الردي بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد بان يكون
هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضايع بان يكون هو الاجود
فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما يتعين حق
صاحب الردي في الردي اذ لا حق له في الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه
في الردي بان يكون هو الردي الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضايع
بان يكون هو الاردى فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه اولى وانما تعين

ووسط فاوصى بكل واحد لرجل
وضاع ثوب ولا يدرى ايها

حق الاخر في ثلث كل من الثوبين لان صاحب الجيد لما اخذ ثلثي الجيد وصاحب
الردي ثلثي الردي لم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك
ضرورة كذا في الكافي وبيت معين من دار مشتركة تقسم فان اصاب اي
البيت المعين الموصي فهو للموصى له والا اي وان لم يصبه فله قدره يعني
اذا كانت دار بين رجلين فاوصى احدهما لرجل ببيت منها بعينه فانها تقسم
فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عندهما وعند محمد نصفه
للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما اصاب
الموصي عندهما وعند محمد مثل ذرع نصف البيت كما في الاقرار يعني اذا كان
مكان الوصية اقرار فالحكم كذلك قيل بالاجماع وقيل فيه خلاف محمد وبالف
معين من مال زيد له الاجازة بعد موت الموصي والمنع بعدها يعني
اذا اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موته
الموصي فان دفعه اليه جاز وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير فيتوقف
على اجازته فاذا اجاز كان تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم لانه لم
يتم بعد فاشبه الهبة قبل التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث
واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه
والتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة
الموصي اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه دفع ثلث نصيبه
لانه اقر بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث
ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على
الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث فشريك
الوارث فلا يسلم له شي الا ان يسلم للورثة مثلاه ولدت الموصى بها لزيد

وقف لله تعالى

بعد موت الموصي وقبل القسمة وقبول الموصى له فهما له ان خرجا من الثلث
والا اخذ الثلث منهما ثم منه يعني اذا اوصى لرجل بامة فولدت بعد
موت الموصي ولدا قبل القسمة وكلاهما يخرجان من ثلث ماله فهما للموصى
له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا لاتصاله بالام فاذا
ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على حكم ملك الميت بدليل
انه تنفذ وصاياه منه وتقضى ديونه دخل في الوصية كانه اوجب
فيهما الوصية فكانا للموصى له وان لم يخرجا من الثلث تنفذ وصيته
اولا من الام ثم من الولد هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له
ولو ولدت بعدها اي بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان
التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص
ملك الموصى له ولو ولدت بعد القبول وقبلها اي القسمة ذكر القدوري
انه لا يكون موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع
المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به
حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول ولو ولدت
قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية بل بقي على حكم ملكه
اي ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية
والكسب كالولد في جميع ما ذكرناه كذا في الكافي باب
العتق في المرض الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام
مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح
هو الاصل المعتبر حال العقد في تصرف انشائي فيه معنى التبرع
احتراز عن تصرف اختياري فيه بمهر المثل نفذ من كل المال فلو كان
التصرف الانشائي في الصحة فمن اي فيعتبر من كل المال والا فمن ثلثه
بخلاف الاخباري وما ليس بتبرع فانه ليس كذلك والمعتبر حال

فانه اذا اقر بالدين في المرض نفذ من كل المال وكذا النكاح

الموت في الاضافة اليه فيكون ذلك التصرف لا شاي من ثلثه مطلقا اي
سوا كان في الصحة او المرض بعد ان كان مضافا الي الموت اذا مات لوجود
الضافة اليه ومرض صح منه كالصحة لان حق الوارث او الغريم انما يتعلق
بماله في مرض الموت وبالبرء ظهر انه ليس كذلك واعتاقه اي المريض ومحاباته
وهبته وضمانه من الثلث لانها في حكم الوصية لكونها في المرض فان حابا
فاعتق فهي اي المحاباه احق من العتق وهما اي المحاباه والعتق في عكسه
اي اذا اعتق فحابا سواء صورة المحاباه ثم الاعتاق ما اذا باع عبدا قيمته
مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث
الي المحاباة ويسعى العبد في كل قيمته وصورة العكس اعتق العبد الذي
قيمته مائة ثم باع الذي قيمته مائتان بمائة فانه يقسم الثلث وهو
المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه مجانا ويسعى في
نصف قيمته وصاحب المحاباه ياخذ العبد الاخر بمائة وخمسين وعند
هما عتقه اولى فيهما اذ لا يلحقه الفسخ وله ان المحاباة اقوي لانها
في ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم
المحاباه ففي عتقه بين المحاباتين نصف من الثلث للاولى من المحاباتين ونصف
للاخرين يعني العتق والمحاباه الثانية لان العتق يتقدم عليها فيستويان
وفي عكسه يعني اذا اعتق ثم حابى ثم اعتق لها اي للمحاباه نصف ولهما
اي للعتقين نصف يعني يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباه
وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني تبطل اي الوصية بعتق
عبده ان جني بعد موته فدفع يعني اذا اوصى بعتق عبده ثم مات
فجني العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان
حق ولي الجناية مقدم علي حق الموصي وحق الموصى له لانه يتعلق الملك
من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه

بطلت

٢٠٦٠٣

يبطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته بان ظهر علي الميت
دين وقد اوصي بعتق العبد بيع العبد بدينه فإن فدي لا اي ان فداه الورثة
كان الفدا في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفدا كانه لم يجن فتنفذ الوصيه اوصي لزيد بثلث
ماله وترك عبدا فادعي زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه يعني اذا
اوصي رجل له وارث لزيد بثلث ماله وترك عبدا فاقر كل من الوارث
وزيد انه اعتقه لكن ادعي زيد اعتاقه في صحته لئلا يكون وصية
تنفذ من الثلث وادعي الوارث اعتاقه في مرضه ليكون وصية صدق
الوارث وحرم زيد لان الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة
بعد العتق لان الاعتاق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من
جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية
ايضا لكنه مقدم علي الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع
اليمين الا ان يفضل من ثلثه شي علي قيمة العبد اذ لا مزاحم او برهن
اي زيد علي دعواه ان الاعتاق في الصحة فله المال لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه ادعي زيد دينا
علي ميت وادعي عبده اعتاقه في صحته وصدقهما وارثه يسعي
العبد في قيمته وتدفع اي تلك القيمة الي الغريم وقالا يعتق ولا
يسعي في شي لان العتق والدين ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام
واحد فصار كانهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا في صحته فمات
وعليه دين لم يسع العبد له في شي فهذا مثله وله ان الاقرار بالدين
اقوي ولهذا يعتبر من كل المال في جميع الاحوال وهو ليس بوصية
من المريض والاقرار بالعتق في المرض بمنزلة الوصيه حتي اعتبر من
الثلث والاقوي يدفع الادني فمقتضاه انه يبطل العتق اصلا لكنه

بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض فنقضناه معنى بايجاب السعاية مات
وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي عليه الف درهم وقال رجل اخر الالف
المتروك وديعة لي وصدقهما الابن قيل الوديعة عنده اقوى وعندهما
سوا هذا مختار صاحب الهداية وقيل الالف بينهما نصفان عنده وعندهما
الوديعة اولى هذا مختار صاحب الكافي والله اعلم باب
الوصية للاقارب وغيرهم اقاربه هذا وما عطف عليه مبتدا خبره قوله
الاتي محرماه فصاعدا واقرباوه ذو قرابته وذوا انسابه محرماه فصاعدا
من ذوي رحمه الاقرب فالاقرب يعني اذا اوصى لواحد اي صنف مما ذكر فهي عند
ابي ح للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه سوى الوالدين والولد اذ لا يطلق عليهما
اسم القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقا لان القريب في العرف من يتقرب
اليه غيره بواسطة الغير وتقرب الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما ويد
خل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية لما ذكرنا وانما اعتبر الاقربية
لان الوصية اخت الميراث وهي تعتبر في الميراث فكذا فيها والجمع المذكور
في الميراث اثنان فكذا في الوصية وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية
صلة القريب فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته ويستوي فيه الصغير
والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر وعندهما يدخل في الوصية
كل قريب ينسب اليه من قبل الاب او الام الى اقصى اب في الاسلام ويستوي فيه
الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم واختلف في اشتراط اسلام اقصى اب
وقد فرع على قوله الاقرب فالاقرب بقوله فلو له عمان وخالان فهو اي الموصى به
لعميه يعني اذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالموصى به لعميه لانه يعتبر الاقرب
فالاقرب كما في الارث وعندهما يقسم بينهم ارباعا لان اسم القريب يتناولهم ولا
يعتبران الاقربية وفي عم وخالين نصف المنه وبينهما اي نصف الموصى به
للعم ونصفه للخالين لان اللفظ جمع فلابد من اعتبار معنى الجمعية وهو الاثنان

في الوصية كما عرف فيصرف الى العم والخالان ليصير جميعا فيأخذ هو النصف
لانه اقرب وياخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف
ما اذا اوصى لذي قرابته حيث تكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد
فيحوز جميع الوصية لانه الاقرب وفي عم له نصف لما ذكر من اعتبار معنى
الجمعية واخذ النصف وفي عم وعمة استويا لان قرابتهما مستويتان ومعنى
الجمع قد تحقق بهما فاستحقا وجيرانه ملاصقوه عند ابي ح وزفر
وهو القياس لان الجار عند الاطلاق انما يتناول الجار الملاصق وقد قال
النبي صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه اي بقربه والمراد هو الملازق
وفي الاستحسان وهو قولهما هو من يسكن محلة الوصي ويجمعهم مسجد
محلته لان الكل يسمى جيرانا عرفا واصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته
لانه صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما
لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وختانه زوج كل ذات رحم محرم
منه كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذي رحم محرم
من ازواج هؤلاء قيل هذا في عرفهم واما في عرفنا فلا يتناول الا ازواج المحارم
ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يشمل الكل واهله
امرأته لانها المراد به لغة يقال تاهل اي تزوج وعندهما من كان في
عياله ونفقته اعتبارا للعرف قال الله تعالى فنجيناه واهله الا امرأته
والمراد من كان في عياله وآل الرجل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب
والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير وابوه وجده
سواء لان الاب اصل البيت وكذا الجد وجنسه اهل بيت ابيه دون امه
لانه يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب
والام واهل بيتها وجنسها يعني اذا اوصت امرأة لاهل بيتها او لجنسها

وعرفا قال الله تعالى اذ قال لاهله اي لامرأته م

لا يتناول ولدها الا اذا كان من قوم ابيها كذا في الكافي وولد زيد
يتناول الذكور والانثى لوجود مبدا الاشتقاق فيهما وفي ورثته
الذكر كالانثيين يعني اذا اوصى لورثته فلان فهي بينهم للذكر
مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة علم ان قصده
التفضيل كما في الميراث وايتام بني فلان وعميانهم وزمنائهم
وارامله يتناول فقيرهم وغنيهم وذكرهم وانثاهم ان احصوا
اذا امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك والا اي وان
لم يحصوا فللفقرا منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد
الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حمله على
الفقرا بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى
بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية اذ ليس في اللفظ ما
ينبي عن الحاجة ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة
المانعة عن الصرف اليهم وفي الوصية للفقرا والمساكين يجب الصرف
الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا كما مر وبنوا
فلان يختص بذكورهم قال في الهداية ولو اوصى لبني فلان يدخل
فيه الاناث في قول ابي ح اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور
يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة
الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته وقال في
الكافي ولو اوصى لبني فلان فهو على الذكور لا غير عند ابي يوسف وهو
قول ابي ح اخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث
وهو قول ابي ح اولا وقال في الوقاية وفي بني فلان الانثى منهم
منهم اقول لم يظهر لي سر اختيار صاحب الوقاية القول الذي كالذكور منهم
رجع عنه الامام ووافقه ابو يوسف في رواية الا اذا كان اسم قبيلة

او فخذ الفخذ في العشاير اقل من البطن اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العماره ثم البطن ثم الفخذ كذا في الصحاح فيتناول الاناث ومولي العتاقة والموالاة وحلفاءهم اذ ليس المراد بها اعيانهم بل مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه موالي العتاقة والمولاة وحلفاوهم اوصي لمواليه من له معتقون ومعتقون بطلت لان المولي لفظ مشترك بين معنيين احدهما مولي النعمة والاخر منعم عليه فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلي والاسفل لانه مقام النفي ولا تنا في فيه الاان يلبيه في حيوته قال في الكافي فوجب الوقف حتي يقوم البيان ولم يوجد فبطل ضروره ويدخل فيه اي في الموالي من اعتقد في صحته ومرضه لتناول اللفظ اياهم لا مدبروه وامهات اولاده لان عتقهم يحصل بعد الموت والوصية تضاف الي حالة الموت فلابد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم في حقهم فيطلق اسم المولي عليهم

باب الوصية بالخدمة والسكني

والثمرة صحت الوصية بخدمة عبده وسكني داره مدة معينة وابدا لان المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا علي ملكه في حق المنفعة حتي يتملكها الموصي له علي ملك الموصي كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف علي حكم ملك الواقف ويجوز موقتا وموبدا كما في العارية فانها تمليك علي اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وهو في عين تبقي والمنفعة عرض لا يبقي حتي ان الموصي له بالخدمة اذا مات لا يورث عنه

٦٠٨

وبغلتها اي صحت الوصية بغلة عبده وغلة داره لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها فان خرجت رقبتها اي رقبة العبد والدار من الثلث سلمت اليه اي الى الموصى له لها اي للوصية لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة والا اي وان لم تخرج رقبتهما من الثلث تهايؤ العبد اي يخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة ايفا للحقين وتقسم الدار اثلاثا يعني اذا اوصى بسكنى الدار ولم تكن تخرج من الثلث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لامكان القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا او مهاياة اي اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان لان الحق لهم الا ان الاول اولى وليس للورثة بيع ما في ايديهم من ثلثيها اي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان يظهر للميت شيء اخر وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم لو خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه وتبطل اي الوصية بموته اي موت الموصى له في حياة موصيه لما تقرر ان ايجاب الوصية يكون بعد الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البايع للمشتري بعد موته وبعد موته اي موت الموصى له يعود الموصى به الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بلا رضاه وهو غير جايز وليس للموصى له بالخدمة والسكنى اي بخدمة العبد او الدار لان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها بها اما اذا تملكها مقصوده بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهو لا يجوز ولا للموصى له بالغلة

المخدامه

٦٠٩

استخدامه اي العبد او سكناها اي الدار في الاصح لانه اوصى له بالغلة وهي دراهم
او دنانير وهذا استيفا المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ومتفاوتان
في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باستردادها منه بعد
استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها ولا ان يخرج العبد من
البلدة الا ان يكون هو واهله في غيرها فيخرجه للخدمة ان خرج من الثلث لان
الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في موضع
اخر فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا في مصره فمقصوده
ان يمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه
من بلدة والا اي وان لم يخرج من الثلث فلا اي لا يخرج العبد للخدمة الا
باذن الورثة لبقا حقهم فيه اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولاخر بخدمته
سنتين ولم يجيزوا اي الورثة خدمهم اي العبد الورثة ستة ايام وخدم
الموصى لهما ثلاثة ايام يوما لصاحب السنة ويومين لصاحب السنتين
حتى يمضي تسع سنين لان عين العبد لا تنقسم فتقسم بالتهايؤ زمانا
توفيرا للحقوق فهم اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لاخر وهو يخرج
من الثلث صح اي الايصا لانه اوجب لكل منهما شيا معلوما وما اوجبه
لكل منهما يحتمل الوصية بانفراده فلا يتحقق بينهما مشاركة فيما اوجبه
لكل منهما ثم اذا صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة
بشي لصارت ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة
لانسان اخر لان الوصية كالميراث في كون الملك يثبت بعد الموت اوصى
لرجل بثمرة بستانه فمات اي الموصي وفيه ثمرة تكون له اي للموصى له
هذه الثمرة فقط لا ما يحدث بعدها وان ضم اي الموصي ابدا بان قال
ثمرة بستاني له ابدا فله معها اي مع الثمرة الاولى ما يحدث بعدها
مطلقا كما في غلة بستانه يعني اذا اوصى بغلة بستانه فله غلته القايمة وغلته

قوله اوصى بهذا العبد لفلان الخ قال في المحيط رجل اوصى بخدمة عبده لرجل وبرقبته لاخر ولا مال له غيره وهو يخرج ... واعتقه صاحب الرقبة ... قال يغرم قيمته فيشتري بها عبدا فيخدم الورثة يومين والموصى له بالخدمة يوما فاذا مات صاحب الخدمة صار العبد المشترى ثلثه لصاحب الرقبة وثلثاه للورثة فان كان العتق معسرا ضمن حصته على كل حال وهي ثلث قيمة العبد ويسعى العبد في ثلثي قيمته للورثة ويشتري بذلك عبدا يخدم الموصى له بالخدمة حتى ينقضي حق الخدمة ثم العبد يكون بين الورثة وبين صاحب الرقبة اثلاثا ١١١

فيما يستقبل وان لم يقل ابدًا والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول
المعدوم الا بدلالة زايدة كالتنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم
والعدوم ربما يذكر وان لم يكن شيا واما الغلة فتتناول الموجود وما هو بعرضية
الوجود مرة بعد اخري عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه
او داره فاذا اطلقت يتناولهما بلا توقف على دلالة اخري بخلاف الثمرة اذا
اطلقت حيث لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الصرف عنه الى
دليل زايد واوصي بصوف غنمه وولدها ولبنها له ما في وقت موته ضم ابدًا
اولا يعني اذا اوصي بصوف غنمه او باولادها او لبنها ثم مات فله ما في
بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم موت
الموصي سوا قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشيا
يومئذ بخلاف ما تقدم على الابد والفرق ان القياس يابي تمليك المعدوم الا
ان في الثمرة والغلة المعدومة جا الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة
فاقتضي ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولي لان بابها اوسع اما الولد المعدوم
والصوف المعدوم واللبن المعدوم فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا
يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا
فكذا بالوصية اوصي بجعل داره مسجدا ولم تخرج من الثلث واجازوا اي
الورثة يجعل مسجدا لان المانع من الجواز تعلق حقهم فاذا اجازوا
زال المانع وان لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا رعاية لجانب الوارث
والوصية واوصي بظهر مركبه في سبيل الله تعالي بطلت اي الوصية
عند ابي ح لان وقف المنقول غير جايز عنده فكذا الوصية
وعندهما يجوز اوصي بشي للمسجد لم يجز الا ان يقول ينفق عليه
لانه ليس باهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف

على مصالحه

٦١١

على مصالحه وعند محمد يجوز لانه يحمل على الامر بالصرف الى مصالحه تصحيحا
للكلام قال اوصيت بثلثي لفلان او فلان بطلت عند ابي ح لجهالة
الموصى له وعند ابي يوسف لهما ان يصطلحا على اخذ الثلث كما لو قال
لفلان او لفلان علي الف وعند محمد يخير الورثة فايهما شاؤا اعطوا
لقيامهم مقامه والله اعلم فصل في وصايا الذمي وهي على اربعة اوجه
لانها اما بمعصية عندنا وعندهم كالمغنيات والنائحات فتصح لو كانت
لقوم معينين تمليكا من الثلث فانهم لما تعينوا اجاز تمليكهم والا اي
وان لم يكونوا معينين فلا اي لا تصح اصلا اما تمليكا فلان التمليك للمجهول
لا يصح واما قربة فلانها معصية عند الكل فكيف يصح قربة ولما بمعصية
عندهم وقربة عندنا كجعل داره مسجدا او الاسراج في المساجد فلا يصح
اتفاقا اعتبارا لاعتقادهم لانا نعمل معهم بما يدينون الا ان يكون لقوم
باعيانهم فتصح تمليكا منهم وذكر الجهة مشهورة واما بقربة عندنا
وعندهم كجعل ثلثه للفقراء او عتق الرقبة او الاسراج في بيت المقدس
فتصح اتفاقا لان الديانة متفقة من الكل واما بقربة عندهم ومعصية
عندنا كجعل داره بيعة لليهود او كنيسة للنصارى او بيت نار للمجوس
فيصح مطلقا اي سواء عين قوما او لا وعندهما لا اي لا يصح الا ان يوصي
لمعين لهما انه وصية بالمعصية وفي تنفيذها وله ان المعتبر ديانتهم
في حقهم لانا امرنا بان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح وتورث
اي البيعة والكنيسة وبيت النار ان صنعت في الصحة يعني اذا
صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة او مجوسي بيت نار في صحته
ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف
عنده يورث ولا يلزم ما لم يسجل فكذا هذا واما عندهما فلانها
معصية فلا تصح وذو هوى اي من تبع هوى نفسه ميلا الى البدع ان اكفر

اي حكم بكفره كطايفة منهم يقولون لعلي رضي الله عنه الاله الاكبر فكالمرتد
فيكون علي الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه وفي المرتدة
الاصح انه تصح وصاياها لا تبعي علي الرده بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
والا اي وان لم يكفر فكالمسلم في وصاياه تنبيه لما كان هاهنا مسايل
مهمة تمت مما سبق ضمنا وكان يجب حفظها والاهتمام بها اصالة لكثرة وقوعها
وغفلة كثير من الناس عنها اوردها هاهنا وصدرها بالتنبيه اشارة
الي ما ذكر الوصية المطلقة بان يقول مثلا هذا القدر من مالي او ثلث مالي
لا تحل للغني لانها صدقة وهي علي الغني حرام وان وصلية عممت بان
يقول الموصي يا كل منها الفقير والغني لان اكل الغني من الوصية لا تصح الا
بطريق التمليك والتمليك لا يصح الا للمعين والغني لا يعين ولا يحصي
واذا خصت اي الوصية بغني بان يقول مثلا هذا القدر من مالي وصية
لزيد وهو غني او بقوم اغنيا محصورين حلت لهم لصحة التمليك لهم
لتعينهم كذا الحال في الوقف يعني ان الوقف المطلق مختص بالفقرا لا يحل
للغني وان عمم وان خص بغني معين او بقوم محصورين اغنيا حل لهم
ويملكون منافعه لا عينه حتي اذا ما تقرر عينه في ملك الواقف او ورثته
واذا اما نوا يكون للفقرا الباب الثاني في الايصا بمعني جعل
الغير وصيا اوصي الي زيد اي جعله وصيا وقبل عنده فان رد عنده رد لانه
متبرع في ذلك فان شا دام عليه وان شا رجع اذ ليس للموصي ولاية الزام
التصرف علي الغير وليس في الرجوع تغرير اذ يمكنه ان يوصي غيره والا
اي وان لم يرده عنده سوا رده عند غيره او بعد مماته فلا اي لا يرده لانه
لما قبل في وجهه اعتمد الموصي علي قبوله فلم يوص الي غيره فلو جوز نا رده
في حياته او بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل وان سكت اي
لم يقبل ولم يرد فمات الموصي فله رده وقبوله لانه متبوع في التصرف

للغير

لانا امرنا بان نحكم بالاحكام علي الظاهر والله اعلم

وصيه او اوصيت بهذا القدر من مالي او ثلث مالي لا تحل

للغير فلا يلزمه ذلك بلا قبول كالوكالة ولا تغرير هاهنا لان الموصي هو الذي
اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصاية ام لا وان رد ثم قبل صح الا اذا
نفذ رده اي الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصي ثم قال لا اقبل ثم قبل
صح ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان الايصا لا يبطل بمجرد
قوله لا اقبل لان في ابطاله ضررا بالميت والضرر واجب الدفع فان كان
القاضي اخرجه عن الايصا حين قال لا اقبل فاذا قبل بعده لا يصح لان
اخراجه قد صح لانه موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر ولزم اي
الايصا ببيع شيء من التركة وان جهل اي الموصي به اي بكونه وصيا لو
جود دليل القبول اذ المقصود هو التصرف وهو معتبر بعد
الموت لان اوان ولايته بعده وينفذ البيع لصدوره من الوصي
وان لم يعلم كونه وصيا بخلاف ما لو وكله رجل بالبيع فباع شيا من متاعه
وهو لا يعلم بوكالته حيث لا ينفذ لان الايصا اثبات خلافة لثبوته
اوان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علمه كالوراثة فاما
التوكيل فاثبات ولاية وليس باستخلاف لثبوته في حال قيام ولاية
الموكل فلا يصح بغير علم من ثبتت عليه كاثبات الملك بطريقة البيع والهبة
واوصي الى عبد لغيره او كافر او فاسق بدله القاضي بغيره هذا اللفظ يشير
الى صحة الوصية لان الاخراج المفهوم من التبديل انما يكون بعد ثبوت الايصا
وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل في جميع هذه الصور
وقيل في العبد معناه باطل لعدم ولايته وعدم استبداده وفي غيره معناه
ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج
ان الايصا الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولاولاده والايصا
الى هولا لا يتم معنى النظر وان وجد اصل النظر لكون العبد اهلا للتصرف
وليس بمولى عليه من جهة من يتصرف عليه ولكون الفاسق من اهل الولاية

والخلافة ارثا وتصرفا حتي لو تصرف نفذ تصرفه ولثبوت ولاية الكافر
في الجملة حتي نفذ شراوه عبدا مسلما وانما قال لا يتم معني النظر لتوقف
ولاية العبد علي اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله بخدمة
المولي فيتوهم التقصير في استيفا حقوق الميت وتوهم الخيانة من الكافر
للعداوة الدينية ومن الفاسق لفسقه فيخرجه القاضي من الوصاية
ويجعل مكانه وصيا اخر تتميما للنظر واوصي الي عبده صح لو ورثته صغارا
حتي لو كان فيهم كبير لم يصح عنده وعندهما لا يصح مطلقا لان فيه اثبات
الولاية للملوك علي المالك وهو قلب المشروع وله انه اوصي الي من هو اهل
فتصح كما لو اوصي الي مكاتب نفسه او مكاتب غيره وهذا لانه مكلف مستبد
بالتصرف مثله بلا ولاية لهم عليه بخلاف عبد الغير فانه مولي عليه وبخلاف
ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او يمنعه فيعجز الوصي عن الاداء
فلم يتم الجواز واوصي الي عاجز عن القيام بها اي بالوصاية لم يعزله
القاضي بل ضم اليه غيره لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة
فان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكي الوصي اليه ذلك
فلا يجيبه حتي يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا
علي نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من
الجانبين ويبقي علي الوصاية امين بقدر اي لا يجوز للقاضي اخراجه لانه لو
اختار غيره لكان دونه لانه مختار الميت الا تري انه تقدم علي ابي الميت مع
كمال شفقته فلان يقدم علي غيره احق واوصي الي اثنين لا ينفرد احدهما
بالتصرف بدون الاخر ولو وصاية اي ولو كان ايصاؤه اليكل منهما بالانفراد
عند ابي حنيفة ومحمد الا في اشيا ستبين وقال ابو يوسف يتصرف كل في الجميع
لان الايصا من باب الولاية وهي اذا ثبتت للاثنين شرعا تثبت لكل واحد
كملا علي الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا فان

ولئن لا احد عليه ولاية فان الصغار ولو كانوا صلا كالا لكن لما قام ابواهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف صح

الولاية لا تحتمل التجزي لكونها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا
تتجزي ولهما ان الوصي انما رضي برايهما لا براي احدهما لتفرق بين بينهما
بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل
منهما علي الكمال والسبب هنا الايصا وهو اليهما لا الي كل منهما ثم استثني
من قوله لا ينفرد احدهما بقوله الا شرا الكفن وتجهيزه فانه لا يبقي
علي الولاية وربما يكون احدهما غايبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت
ولو فعله غيره الضرورة جيرا انه جاز وفي الخصومة في حقوقه لانهما
لا يجتمعان عليه عادة ولو اجتمعا لم يتكلم الا احدهما غالبا وشرا حاجة
الطفل لان في تاخيره خوف لحوق الضرر به والاتهاب له اي قبول
الهبة للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام ومن في عياله
واعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين لعدم الا
حتياج الي الراي وبيع ما يخاف تلفه وجمع اموال ضايعة لان فيه
ضرورة وان مات احدهما فان اوصي الي الحي او الي اخر فله اي لمن اوصي
اليه الوصي سوا كان الحي او الاخر التصرف في التركة وحده ولا يحتاج الي
نصب القاضي وصيا والا اي لم يوص ضم اي القاضي اليه غيره لان
الموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وامكن تحقيقه
بنصب وصي اخر نصب القاضي وصيا امينا كافيا لم ينعزل بعزله لانه
اشتغال بما لا يفيد الا ان لا يكون عدلا فيعزله وينصب عدلا ولو عدلا
غير كاف ضم اليه كافيا وينعزل بعزله قيل قايله السمرقندي في مجموعاته
وينعزل به ايضا اي بعزل القاضي العدل الكافي واستبعده اي استبعده
ظهير الدين المرغيناني بانه بعيد علي القاضي لانه مختار الميت فاذا
انعزل وصي الميت وان كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي ووصي الوصي
وصي لهما يعني اذا مات الوصي واوصي الي اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت

الوصي سح

٦١٦

الاول لان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى غيره كالجد ◌
وقسمته اي قسمة الوصي نائبا عن ورثة غيب مع الموصى له تصح معنى اذامات
رجل له ورثة غيب واوصى الى زيد ولبكر بمبلغ جاز لزيد الوصي ان يقسم
تركته بين ورثته الغيب وبين بكر الموصى له بان ياخذ حق الورثة ويسلم
الباقي الى الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد
عليه به ويصير مغرورا بشرا المورث حتى يكون الولد حرا والوصي
خليفة الميت ايضا فيكون خصما للوارث اذا كان غائبا فصحت
قسمته عليه فلا يرجعون اي الورثة عليه اي الموصى له ان ضاع قسطهم
اي حصة الورثة معه اي مع الوصي لان الهلاك بعد تمام القسمة
يكون على من وقع الهلاك في قسمته وقسمته اي الوصي عن الموصى له
الغائب معهم اي مع الورثة لا اي لا تصح لان الموصى له ليس خليفة
عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد حتى لا يرد ولا يرد عليه
ولا يصير مغرورا بشرا الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته
فيرجع اي الموصى له ان ضاع قسطه مع الوصي بثلث ما بقي لانه شريك الوارث
فيتوي ما توي من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي عليهما وللقاضي قسمتها
واخذ قسطه اي يجوز للقاضي ان يقسم التركة عن الموصى له الغائب مع الورثة
واخذ قسط الموصى له لان القاضي نصب ناظرا لاسيما في الوتى والغيب ومن
النظر افراز قسط الغائب وقبضه فينفذ ذلك ويصح حتى لو حضر الغائب
وقد ضاع المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قاسمهم اي الوصي مع الورثة
في الوصية بحج واخذ الوصي المال فهلك المال في يده او يد من يحج عن الموصي
حج بثلث ما بقي من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل المقصود اداوهو
تادية الحج فلم تعتبر دونه فصار كما اذا هلك قبل القسمة صح بيعه اي الوصي
عبدا من التركة بغيبة الغرما لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولاه

بواسحق باب
الهد

حبابغم

٦١٧

حيا بنفسه بغبينة جاز وان كان في مرض موته فكذا اي قام مقامه وسره
ان حق الغرما تعلق بالمالية لا بالصورة وهي باقية بيقا الثمن باع اي
الوصي ما اوصي بلبيعه وتصدق بثمنه فاستحق اي المبيع بعد ما هلك
ثمنه معه اي مع الوصي ضمن اي الوصي لانه العاقد فتكون العهدة
عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له
العبد ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال الغير بلا رضاه فيجب
عليه رده ورجع في التركة لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل كوصي
باع حصة الصغير وهلك ثمنه معه اي مع الوصي فاستحق
العبد فانه اي الوصي يرجع في ماله اي مال الصغير لانه عامل له هو
اي الصغير يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق
ما اصابه وله اي الوصي ان يسافر بمال الصغير ويدفع مضاربة
وبضاعة ويوكل ببيع وشرا واستيجار ويودع ماله ويكاتب عبده
ويزوج امته لا امته ويرهن ماله بدينه وبدين نفسه فلو هلك ضمن
قدر المودي من دينه وله ان يعمل به مضاربة وينبغي ان يشهد عليه
ابتدا والا صدق ديانة ويكون المشتري كله للصبي قضا ويماثله
الاب في ذلك كله وليس للاب تحرير رقيقه ولو بمال ولا ان يهب ماله
ولو بعوض كذا في العمادية وله اي الوصي التجارة بمال اليتيم لليتيم
لا لنفسه اي لا يجوز له التجارة لنفسه بمال اليتيم سوا ورثه من
ابيه او ملكه بوجه اخر لان المفوض اليه الحفظ لا التجارة ولا بمال
الميت فان فعل وربح ضمن راس المال وتصدق بالربح عند ابي ح
ومحمد وعند ابي يوسف انه يسلم له الربح ولا يتصدق بشي كذا
في الخانية ويحتال اي يقبل الحوالة على الاملا لا على الاعسر لما
فيه من الضرر ولا يقرض اي الوصي مال اليتيم لانه تبرع وهو عاجز

خ
عاقدهم

من اختصاصه بخلاف القاضي فانه قادر عليه ولذا له ان يقرضه ومال
الوقف والغائب ولا يبيع ولا يشتري الا بما يتغابن الناس لان تصرفه
نظري ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير اذ لا يمكن التحرز
عنه فعلى اعتباره انسداد باب البيع ويبيع على الكبير الغائب الا
العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه وكان القياس
ان لا يليه الوصي اذ لا يملكه الاب على الكبير لكنهم استحسنوه لانه
مما يتسارع اليه الفساد فيحتاج الى الحفظ وحفظ الثمن ايسر
وهو يملك الحفظ بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه اذا لم يكن دين محضون ح ٢ خ
في الفتاوى الظهيرية عدم جواز بيع العقار للوصي اذا لم يكن على
الميت دين واما اذا كان فيملكه بقدر الدين ويبيعه اي الوصي
العقار وان لم يكن دين بضعف قيمته او للدين كما نقلناه
عن الظهيرية او النفقة اي نفقة الصغير قال في الهداية
في اواخر باب النفقة الاب اذا باع العقار او المنقول على
الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه نفقته لانه جنس
حقه او وصية مرسلة اي مطلقة بان يقول ثلث مالي او ربعه
مثلا وصية لم يجوز بيع العقار اذا كان ابطال او زيادة خرجه على
غلته او اشرافه اي قربه الى الخراب حتى اذا لم يبع كان خرابا قيمته اعدلم
سنه لا يجوز اقراره انما الوصي بدين على الميت ولا بشيء من تركته انه
لفلان لكونه اقرارا على الغير الا ان يكون المقر وارثا فيصح في حصته
لانه اقرار على نفسه اقر اي الوصي بعين لاخر ثم ادعى انه للصغير
لا تسمع كذا في العمادية شهد وصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما
او ابنان ان اباهما اوصى الى زيد بطلت اي شهادتهم لانهم متهمون اما
الوصيان فلاثباتهما لانفسهما معينا الا ان يدعيه المشهود له فيقبل

احسانا

استحسانا لان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وولاية ضم آخر اليهما ففيهما اسقاط مؤنة
التعيين عن القاضي واما الابنان فلجرهما الى نفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة
كذا شهادتهما للصغير بمال سواء انتقل اليه من الميت او غيره او لكبير بمال الميت فانها
ايضا باطلة اما الاولى فان التصرف في مال الصغير للوصي سواء كان من التركة او لا واما
الثانية فلان مال الكبير ان كان من التركة فلا تجوز شهادة الوصي عند ابي ح لان له ولاية
الحفظ وولاية البيع ان كان الكبير غائبا وصحت اي الشهادة في مال غيره اي غير الميت
فان مال الكبير ان لم يكن من التركة فلا تصرف للوصي فيه فتجوز شهادته وصحت شهادة
رجلين لآخرين بمبلغ دين على الميت والآخرين للاولين بمثله بخلاف الشهادة بوصية
هذا قولهما وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا لان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة
خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه فتحققت التهمة ولهما
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين
احدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية لان الحق فيها لا يثبت في الذمة
بل في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث شبهة او شهادة الاولين بعبد والآ
خرين بثلث مال الميت لا تصح ايضا لان الشهادة توجب شركة في المشهود به اضعف
الوصيين مبتدأ خبره قوله الآتي كاقوى الوصيين وهو وصي الام والاخ والعم في اقوى
الحالين وهو حال صغر الورثة كاقوى الوصيين وهو وصي الاب والجد والقاضي في
اضعف الحالين وهو حال كبر الورثة لان الوصي انما يستفيد التصرف من الموصي فيكون
تصرفه على مقدار تصرف موصيه فوصي الام حال صغر الورثة كوصي الاب حال كبرهم
للاضعف كوصي الام مثلا بيع المنقول وغيره لقضاء الدين عند فقد الاقوى للضرورة
ولا يشتري اي الاضعف الا ما لا بد للصغير منه من نفقة او كسوة ولا يتصرف مطلقا فيما
استفاد الصغير من غير ابيه لما مر من ان تصرفه على مقدار تصرف موصيه وصي الاب
اولى من الجد لان وصيه قائم مقامه وهو اولى من الجد فكذا مختاره ولان اختياره مع
وجود الجد يدل على ان تصرفه انفع لبنيه من تصرف ابيه وهو الجد وان لم يوص اي لم

الاب وقايمه

٦٢٠

ينصب وصيا فالجد مثله اي مثل امقامه في التصرفات حتى يملك الانكاح دون الوصي وههنا
مسايل مهمة نقلناها من الخانية منها رجل مات وترك ورثة فبلغهم ان اباهم اوصى بوصايا
ولا يعلمون ما اوصى به فقالوا قد اجزنا ما اوصى به ذكر في المنتقى انه لا يجوز انما يجوز اذا اجازوا
بعد العلم وفي المنتقى اذا دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد اليتيم على نفسه انه
قد قبض جميع تركة والده فلم يبق له من تركة والده عنده من قليل او كثير الا قد استوفاه
ثم ادعى شيا في يد الوصي وقال هو مما تركه ابي واقام بينة قبلت بينته وكذا لو
اقر الوارث انه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى دينا على
رجل تسمع دعواه ومنها وصي انفذ الوصية من مال نفسه قالوا ان كان هذا الوصي وارث
الميت يرجع في تركة الميت والا فلا وقيل ان كانت الوصية للعباد يرجع لان لها مطالبا
من جهة العباد فكان كقضا الدين وان كانت الوصية لله تعالى لا يرجع وقيل له ان يرجع
على كل حال وعليه الفتوى وهو كالوكيل بالشرا اذا ادى الثمن من مال نفسه كان له
ان يرجع وكذا الوصي اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ما ينفق عليهم من مال نفسه
فانه لا يكون متطوعا ولو قضى دين الميت من مال نفسه بغير امر الوارث واشهد على ذلك
لا يكون متطوعا وكذلك بعض الورثة اذا قضى دين الميت او كفن الميت من مال نفسه
او اشترى الوارث الكبير طعاما او كسوة الصغير من مال نفسه لا يكون متطوعا وكان
له الرجوع في مال الميت وكذا الوصي اذا ادى خراج اليتيم او عشره من مال نفسه لا يكون
متطوعا ولو كفن الوصي الميت من مال نفسه قبل قوله في ذلك ومنها وصي باع شيا من
مال اليتيم ثم طلب منه باكثر مما باع فان القاضي يرجع الى اهل البصيرة ان اخبره اثنان
من اهل البصيرة والامانة انه باع بقيمته وان قيمته ذلك فان القاضي لا يلتفت
الى من يزيد وان كان في المزايدة يشترى باكثر وفي السوق باقل لا ينقض بيع الوصي
لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى اهل البصيرة والامانة فان اجتمع رجلان منهم
على شي يوخذ بقولهما وهذا قول محمد واما على قولهما فقول الواحد يكفي كما في
التزكية وعلى هذا قيم الوقف اذا اجر مستغل الوقف ثم جا اخر يزيد في الاجرة فمثله

وصي باع

وصي باع تركة الميت لانفاذ وصيته فجحد المشتري فحلفه القاضي
فحلف والوصي يعلم انه كان كاذبا في يمينه فان القاضي يقول للوصي ان
كنت صادقا فقد فسخت البيع بينهما فيجوز ذلك وان كان تعليقا بالخطر
وانما يحتاج الى فسخ الحاكم لان الوصي لو عزم على ترك الخصومة كان فسخا
بمنزلة الاقالة فيلزم الوصي كما لو تقايلا حقيقة فاذا فسخ القاضي لم يكن
اقالة فلا يلزم الوصي هذا آخر ما من الله تعالى علي بلطفه
من شرح غرر الاحكام المسمى بدرر الحكام حيث وفقني لجمعه
وتحريره وتحلى لحسن الصور تصويره حاويا لمهمات خلت عنها الكتب المشهورة
وان كانت في بعض المعتبرات مسطورة ولقد بذلت مجهودي في التنقيد
والتنقيح والتهذيب والتوضيح وتتبع اقوال الايمة الكرام واستطلاع
آراء فضلا الايمة العظام حتى عثرت على ما صدر عن بعض الافاضل
من العثرات على مقتضى البشرية ووقفت على ما وقع من بعض
الاماثل من زلات ليس يقتني الانسان عنها عريته ولا عيب فان ساير
العلوم بالنسبة الى هذا العلم كنسبة القطرة الى البحر المتلاطم الامواج
لا يغوص على فوايده الا كل غواص قوي فضلا عن الزجاج ولذا ترى
العلما المتاخرين مع كمالهم في الفنون الآلية وتصنيفهم فيها كتبا معتبرة
لم يحوموا حول هذا العلم ولم يصنفوا فيه ولو رسالة مختصرة
وهذا العبد الفقير الى الغني مع مطارحته معهم في تصانيفهم
فيما ينتسبوا اليه ومعارضته اياهم في مولفاتهم فيما اعتمدوا عليه
بحيث قبلها علما العصر وفضلا الدهر امتاز منهم بكتب هذا
المتن اللطيف المشحون بالغرايب والشرح الشريف المملوء بالفوايد
الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله

ليس الغرض الاصلي من هذه الكلمات التمدح بل الامتثال
بما يفهم من قوله تعالى واما بنعمة ربك فحدث
وقد وقع الفراغ من تاليفه في يوم السبت
المبارك الثاني من جمادى الاول
سنة ثلاث وثمانين وثمانية
وبالله التوفيق والحمد
لله رب العالمين
وصلى الله على
سيدنا محمد
وعلى اله
وصحبه
اجمعين
م

